This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

**Acerca de este libro**

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

**Normas de uso**

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

**Acerca de la Búsqueda de libros de Google**

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

# REVISTA GENERAL

DE

# LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

# REVISTA GENERAL

DE

# LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA;

(CONTINUACION DEL DERECHO MODERNO.)

publicada por

D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA Y D. JOSÉ REUS Y GARCÍA,

con la colaboracion

DE NOTABLES JURISCONSULTOS Y PUBLICISTAS.

AÑO OCTAVO.

TOMO XVI.

Primer semestre de 1860.

MADRID.—1860.

IMPRENTA DE LA Revista de Legislacion, A CARGO DE JULIAN MORALES,

*calle de los Abades, número 20, piso bajo.*

## SECCION DOCTRINAL.

### ENSAYO HISTÓRICO-FILOSÓFICO-LEGAL

# SOBRE EL DUELO.

La severidad de las leyes represivas del duelo es y será siempre insuficiente para proscribir una costumbre, que fundada en un sentimiento de estimacion personal está naturalmente favorecida por los instintos y tendencias sociales de la época. La famosa pragmática sobre desafíos, inserta entre nuestras leyes de la Novísima Recopilacion, castiga con la muerte, la confiscacion y la infamia á los duelistas, á los padrinos y á todos los que en el duelo intervienen, y tan terribles conminaciones no han producido sin embargo otro resultado que la completa impunidad de los que se desafían.

El duelo se defiende y se defenderá aun por mucho tiempo de los patíbulos levantados en su contra y de la cólera impotente de los gobiernos. Mientras la legislacion castiga á los duelistas, la sociedad honra á los combatientes, y condena al deshonor y al menosprecio al hombre tímido ó sensato que provocado á duelo no le acepta. El mismo legislador que escribe en las tablas de la ley la pena de muerte contra el desafío se bate en duelo al dia siguiente, y el severo escritor que le condena en sus obras como una apelacion al principio de la fuerza contra el derecho, como un acto de rebelion contra los poderes sociales, como un resto de las costumbres salvages de otros tiempos, responde seguramente á una provocacion, y se conduce mas tarde como un calavera.

Una legislacion mas tolerante, y que por lo mismo seria mas racional y mas justa, conduciria eficazmente, no á estirpar el duelo, porque no es posible en nuestra edad, pero sí á disminuir los lances personales, y á hacer menos lamentables sus consecuencias.

Mas para preparar esta reforma en la legislacion es menester destruir antes las preocupaciones existentes contra el desafío. No escribo con la esperanza de que mis doctrinas desde luego se acepten. Para obrar este prodigio se necesitaria una voz mas elocuente, y sobre todo una palabra mas autorizada que la mia; lo confieso. Me propongo únicamente provocar una discusion desapasionada, impar-

cial, en la que otros podrán seguirme con mas fortuna y de seguro con mas talento.

## I.

### ORÍGEN Y FUNDAMENTOS DEL DUELO.

El duelo descansa en un sentimiento de dignidad individual, contra el cual luchará vanamente la severidad de la legislacion, á lo menos mientras no cambien los principios dominantes en la civilizacion de los pueblos modernos.

El honor, este sentimiento vago y misterioso de la naturaleza, es el instinto mas noble, el rasgo mas característico de la raza humana. El hombre podrá estraviarse en las ideas que se forme acerca del honor; podrá suceder que los habitantes de distintas regiones le hagan consistir en motivos diferentes, tal vez en una estravagancia ó en una ridiculez, tal vez en el crímen. Los cortesanos de Luis XIV fundaban el honor en la libertad de las costumbres y en un espíritu altanero de servil lealtad respecto de aquel monarca; los republicanos franceses en alardes de impiedad y en el mas insolente desprecio de la vida. Pero como quiera, el hombre obedece á la voz del honor en todas partes; este sentimiento se deja ver en todas las situaciones, en las clases mas altas de la sociedad y en las mas humildes, en el hombre salvage como en el civilizado; tan instintivo y poderoso como el de la religion, tiene como ella sus héroes y sus mártires, y es que tiene su fundamento y su orígen en una ley general de la humanidad, EN EL CARÁCTER SOCIAL DEL HOMBRE.

En esta vida de partipacion y comunidad en que vive la especie humana, está la esplicacion natural de este fenómeno.

El honor, en todas partes y en todas épocas, fúndese en esta ó en aquella razon, no es mas que el deseo natural en el indivíduo de aparecer superior á los ojos de los demás y de grangearse por este camino su estimacion ó su respeto. Si pudiera suponerse un hombre aislado y sin comunicacion alguna con las otros, este hombre seria enteramente estraño á las ideas del honor, ni las comprenderia siquiera. Tampoco el honor se concibe en la sola comunicacion de dos séres. Dos indivíduos solos y aislados sentirian el poder de las inspiraciones y de los afectos, mas no tendrian idea del honor; pero añádase á estos dos séres uno mas; uno solamente, y en esta comunicacion de tres el fenómeno aparece desde luego, principia la riva-

lidad y la competencia, cada cual pretende ser superior á los otros dos, y se disputan la preferente consideracion de sus compañeros (1).

Pero el modo de considerar el honor varia en cada edad segun las necesidades de los tiempos, y mas que todo segun los principios dominantes en la organizacion de la sociedad.

Los griegos y romanos, que tan sensibles eran á las ideas del honor, no conocieron sin embargo el duelo, á lo menos bajo las formas que ha recibido de la civilizacion de las naciones modernas. Los combates parciales aceptados á veces á presencia de dos ejércitos enemigos para escusar el funesto trance de una batalla sangrienta, no tienen parecido con el desafío de nuestra edad. Los antiguos ni siquiera podian concebir esta costumbre de un combate individual que nuestra sociedad considera como el medio de satisfacer á un agravio personal ó de vengar una injuria privada; y es que el honor por un efecto de las ideas dominantes en aquella civilizacion se hacia consistir en el heroismo, en una completa abnegacion personal. Régulo volviendo á las prisiones de Cartago cedia á un sentimiento de honor, como Curcio arrojándose á la sima abierta en la plaza de Roma, como el soldado de las legiones que moria abrazado á sus estandartes antes que volver al enemigo la espalda; como en dias mas próximos á los nuestros el veterano de la guardia imperial de Napoleon que perecia antes que abandonar su bandera en una derrota vergonzosa.

No es difícil la esplicacion de este fenómeno.

Dos grandes principios han presidido siempre á los destinos del género humano: el SOCIALISMO y el INDIVIDUALISMO. Sobre una de estas dos bases ha descansado en todas épocas la organiza-

(1) Nos hemos detenido en la esplicacion de la teoría sobre el honor como nosotros la comprendemos, porque es muy comun decir que el honor es una cosa indefinible, una quimera, como se dice tambien que son indeterminables las reglas del gusto, oscuras y vagas las ideas que nos formamos de la belleza; y esto que se dijo una vez á pesar de ser un grande error, se ha venido repitiendo por muchos como una verdad que no admite contradiccion. El honor como la belleza y como el gusto no son indefinibles. Lo que hay es que el mundo acepta muchas veces como verdades los errores mas groseros, porque alhaga mas á la humana condicion dar por averiguada la verdad de las cosas que descender á un exámen profundo y filosófico de ellas. La resolucion de un problema compromete al entendimiento; los dogmas, las verdades reconocidas seducen por su sencillez, y tienen cuando menos este poderoso atractivo para la presuncion y la pereza.

cion de la sociedad, y es muy probable que estos dos principios se disputen eternamente el señorío del mundo.

Así como el individualismo predomina hoy en todos los estados de Eúropa y tal vez con exageracion, el SOCIALISMO era el príncipio constitutivo de los pueblos antiguos, el rasgo característico de aquella edad.

Es verdad que así debia suceder en unas sociedades cuyo estado habitual era la guerra, y su necesidad permanente la conquista. Las luchas continuas, los azares de la vida errante diezmaban diariamente la poblacion, y en semejante estado la importancia del indivíduo desaparecia ante la idea de la patria, la gloria de su nombre, el engrandecimiento del Estado. Un espartano no tenia mas interés ni mas honor que el de Esparta; el orgullo de un ciudadano de Roma consistia en el bien de la república, en su poder, en la gloria de sus legiones, como la bandera de un regimiento es el ídolo de sus veteranos (1). La libertad, la vida, todo se sacrificaba en el altar de la patria; el ciudadano solo tenia deberes que cumplir, no derechos, y nada podia exigir de su país como no fuese el honor de sacrificarse en sus aras.

Hoy que á ese sentimiento de heroismo y abnegacion de los antiguos ha sucedido el de la importancia y dignidad individual, el hombre obedece á un sentimiento de honor, pero no le concibe de otro modo que batiéndose en un desafío, y vengando por su propia autoridad y por su mano una ofensa personal.

La ruda pero generosa altivéz de los bárbaros que invadieron el pueblo romano, los hábitos de un pueblo disperso y conquistador, el espíritu de independencia y la noble fiereza de aquellas razas cambiaron naturalmente las ideas que se tenian del honor en la antigua civilizacion, y dieron vida á esa costumbre de encomendar á los azares de un combate individual la decision de todas las querellas.

El duelo sin embargo no es ya lo que en los dias de su aparicion. Nuestros desafíos no son los de los bárbaros, ni los de la edad media; porque con el duelo ha sucedido lo que con todas las cosas é instituciones humanas sucede, que nacen, se desenvuelven, cre-

(1) Ciertamente la milicia es la única institucion de los pueblos modernos que se asemeja á los Estados de la antigüedad, porque en ella tambien la idea del indivíduo desaparece ante la gloria de sus banderas.

cen, llegan á su apogeo, y al pasar por cada uno de estos períodos se van modificando hasta que por fin pierden su primitiva exageracion, y vienen á madurar y regularizarse.

El duelo apareció en Europa importado por los pueblos germánicos con un doble carácter, porque no solamente era el medio de tomar satisfaccion de una injuria privada, sino el de terminar todas las contiendas. En las cuestiones judiciales era el duelo un género de prueba.

Nacia esto de varias causas.

En el desquiciamiento general que produjo la caida del imperio de los Césares, en aquella terrible catástrofe en que estuvo para perecer el género humano, si no le hubiera salvado una ley de la Providencia, se perdieron las ideas de la justicia y del derecho, del gobierno y de la autoridad; no habia mas derecho que la fuerza; rotos todos los vínculos de la subordinacion y del respeto, desechos todos los ídolos, casi dispersa la sociedad, aniquilado el principio de la obediencia, los poderes públicos debilitados no bastaban para acudir á la defensa y amparo de los derechos individuales, y en tal estado el hombre tenia que salvarse por sus propios medios.

Las mismas leyes autorizaban la persecucion y la venganza privada; el delicuente era muchas veces entregado á los rencores de la persona agraviada y de sus parientes que podian herirlo ó matarlo; y solo traslandándonos á aquellos tiempos en que la sociedad abdicaba de tal modo su poder, es como podemos juzgar de las costumbres de la edad, y como se esplica y se concibe nuestro derecho antiguo en materia de desafíos.

El duelo al fin es un combate personal, pero ordenado, solemne, que con la intervencion de padrinos ó jueces, igualadas las armas, iguala tambien cuanto es posible la condicion de los combatientes; y entre esas luchas sin testigos, con armas desiguales, en que es tan posible herir y matar sobre seguro y por la espalda, entre esos combates sin regla ni ley, y el desafío, la razon y los instintos generosos y nobles se ponen de parte de este último. «Ningun hi-«dalgo mate, corra, deshonre ni fuerce á otro sin desafiarse», es la feliz espresion de la ley 1.ª, título 5.º, libro 1.º del Fuero Viejo de Castilla. El desafío se concertará en presencia del rey, «é el rey les »debe poner dia, é darles plazo en que lidien, é mandar con qué ar»mas lidien, é ponerlos fieles que vean é que oigan lo que ficieren, »é que les partan el campo y el sol» son las palabras testuales de la

ley 8.ª, título 24, libro 4.º del Fuero Real. Todas las leyes de nuestros antiguos Fueros están escritas bajo este espíritu de nobleza y lealtad.

El duelo fué, pues, en los dias de su aparicion un verdadero progreso social, un adelanto en las costumbres y un noble arranque de dignidad que honra á la especie humana, cuyo destino no es seguramente perseguirse y matarse en una guerra salvage y desleal.

Contribuyeron no poco á generalizar el duelo y á justificarle las creencias religiosas de la época por dos motivos diferentes.

Por una parte el cristianismo egercia ya en las costumbres de los pueblos del Norte un influjo saludable y civilizador; y una religion que predicando el santo principio de la igualdad enaltecia al hombre y tendia á sacar al género humano del envilecimiento y degradacion de las edades pasadas, naturalmente habia de despertar en las almas ese espíritu de independencia, ese sentimiento de alta estimacion de uno propio, en que hemos dicho está el orígen y el fundamento del desafío.

Bajo otro punto de vista, en el atraso de aquellos tiempos se creía que Dios no abandonaria nunca la causa de la justicia, y que el vencedor en un duelo seria siempre el que tuviese de su parte la razon. En todos los casos en que no era dable á la inteligencia humana encontrar la verdad por los medios racionales, el duelo era una especie de apelacion á la Providencia, cuya intervencion se invocaba para que señalase con la victoria de qué lado estaba la inocencia ó el derecho.

Esta ciega confianza en la mediacion divina era muy propia y natural en aquellos tiempos; y puede considerarse si en un mundo en que dominaban tales ideas, el encomendar á la suerte de las armas la decision de todas las contiendas era una costumbre tan bárbara y fuera de propósito como generalmente se cree.

Hoy que el espíritu humano ha descubierto ya todos los medios racionales de averiguar la verdad en los procesos y en todos los actos de la vida civil, hoy nos parece absurdo, repugnante, vandálico encomendar á la punta da la espada (y lo seria seguramente), la decision de los pleitos. Pero trasladémonos á aquellos tiempos y aun á tiempos mas posteriores, y dígasenos imparcialmente si no es algo mas bárbaro que el duelo, el tormento, la prueba del agua hirviendo, la del hierro caliente, etc., que se han usado entre nosotros con pasmo general hasta una época no muy lejana. El duelo al fin lo

mismo que los juicios de Dios, se apoyaba en las creencias religiosas, en la fé viva que el hombre tenia en la Providencia, en la idea, de que la causa de la justicia no podia ser abandonada por Dios, que es la razon eterna, la justicia misma. El duelo además tenia una tendencia á ennoblecer la especie humana, porque parecia fundarse en que un hombre no podia ser mas que otro en una pelea leal é igualadas las condiciones de los combatientes: y bajo todos estos puntos de vista el duelo se recomendaba en aquellos tiempos en cuanto era posible á sí propio, y quisiera el cielo que esta costumbre hubiera sido la mayor preocupacion, el mayor de los errores y aberraciones del entendimiento humano.

Y á la índole particular del duelo, y á los nobles motivos en que podia fundarse ó hallar su disculpa ó justificacion, hay que atribuir el favor de que por largo tiempo gozó en la sociedad y aun en las mismas leyes. El desafío en los dias de su apogeo, no solo estuvo favorecido por las costumbres y las ideas, sino honrado por la opinion, autorizado por las leyes, ennoblecido por las solemnidades y las fiestas con que muchas veces se acompañaba el séquito de este combate singular. La historia nos dá cuenta de muchos célebres desafíos á que asistieron los reyes y los magnates para autorizarlos con su presencia.

Poco tiempo despues, ó por las consecuencias funestas que tuvieron algunos lances personales, ó porque los progresos del espíritu humano no toleraban que se dispensase al duelo el favor de épocas anteriores, esta costumbre fué perdiendo su importancia.

Se llegó á conocer, aunque algo tarde, que era una locura exigir de la Providencia que repitiese y multiplicase los milagros en cada desafío, é ilustrada la conciencia pública en este órden de ideas, el duelo desapareció como era natural de los litigios, encomendándose á la razon la decision de las cuestiones forenses.

Ya este fué un nuevo progreso, pero se necesitaba hacer algo mas. A proporcion que el órden se fuera recomponiendo, á proporcion que la autoridad pública, la monarquía y todos los poderes constituidos se fueran recobrando de su antigua debilidad ó aniquilamiento, el duelo tenia que abandonar el campo y reducirse á mas estrechos límites, porque no era cosa de permitir que se apelase á la suerte de los combates en aquellos negocios para cuya determinacion la fuerza pública y las leyes no eran ya impotentes.

Y con efecto, esto ha venido á suceder; esta feliz reaccion se ha

verificado casi del todo en nuestros dias. Se haria sin embargo mucha ilusion un gobierno que quisiera aun hoy empeñarse en la estirpacion absoluta del duelo. La sociedad está ya bastante ilustrada para considerar el desafío como una iniquidad, como un indigno abuso de la fuerza, como un acto de baratería ó salvajismo, cuando se provoca por un motivo leve, y aunque la ofensa sea grave, si puede buscarse una reparacion en los tribunales; pero esta misma sociedad no solo acepta el duelo, sino que le aplaude cuando se apela á él como un medio de satisfacer á un agravio personal de aquellos para cuya reparacion los poderes públicos no bastan.

Y la sociedad tiene razon. Este modo de considerar el honor no es equivocado. Es por el contrario muy conforme á los sentimientos de nuestra edad; mas aún si se considera que ya en el desafío no decide la fuerza sino el valor, porque el descubrimiento de la pólvora y otros adelantos han igualado al débil con el fuerte. Hagamos alto en esta idea. En lo antiguo, que los duelos no podian verificarse mas que á arma blanca, decidia siempre la fuerza física, y un hombre podia no tener á su pesar esta cualidad, por mas sensible que fuera á las ideas del honor, por mas que se estimase á sí propio. El duelo reducido á una lucha de fuerza no se hubiera ciertamente mantenido en nuestra edad, á pesar de esos sentimientos de dignidad individual que en ella prevalecen. Mas con el descubrimiento de la pólvora el duelo se ha ennoblecido hasta cierto punto, porque tambien se han cambiado y ennoblecido las condiciones del valor; el valor se ha hecho mas ideal, y el desafío que le personifica, no es ya el símbolo de la fuerza bruta, como en los dias de su aparicion, como despues en tiempos posteriores, sino la espresion, la fórmula de ese temple de espíritu, de ese valor del alma que inspira el sentimiento del propio deber, y que no necesita estar auxiliado por las fuerzas físicas ni por ningun otro elemento.

La sociedad de nuestros dias perdona pues al hombre de constitucion débil, porque ni la fuerza es ya una cualidad tan estimable, ni su falta es un defecto que pueda nadie fácilmente corregir; pero no perdona del mismo modo al hombre de ánimo apocado y pusilánime, que huye como una mujer, que se deja maltratar impunemente, que no sabria morir por su patria ni por sus creencias, con quien por consiguiente ni los individuos, ni los partidos, ni los gobiernos, ni las naciones pueden contar para nada. Para tener el valor que se necesita en la actual sociedad basta, no ser estraño á las ideas de

decoro, basta un sentimiento de decencia; y como estos sentimientos de decencia y de decoro son tan poderosos en las sociedades modernas, á lo menos en las clases acomodadas, como lo era la religion en otros tiempos, de ahí que el duelo se mantenga, de ahí la imposibilidad de proscribirlo en todos los casos y situaciones, de ahí que no merezca tal como está hoy recibido la calificacion de una costumbre bárbara, vandálica y repugnante á las leyes de la humanidad, pues cabalmente por suceder lo contrario, por estar apoyados en los instintos mas honrosos de la especie es por lo que es mas fuerte que las leyes.

En el duelo se observa este fenómeno moral en que no se ha reparado lo bastante. Las leyes le castigan con cruel severidad, la Iglesia le anatematiza, y sin embargo el duelo se defiende en medio de los anatemas y de los castigos. La historia de la humanidad nos dá cuenta ciertamente de muchas prácticas y costumbres abominables, absurdas, que han triunfado largo tiempo de la razon y del buen sentido de los pueblos; pero han estado defendidas por un espíritu ciego, tradicional, ó han tenido el favor de las creencias religiosas, de la supersticion ó del fanatismo; mas no hay en la historia de los errores humanos el ejemplo de una preocupacion, que combatida por la religion, castigada por las leyes, haya atravesado como el duelo por los siglos sin debilitarse siquiera.

Y algo debiera decir á los adversarios del desafío la observacion de este fenómeno moral, inconcebible, si el duelo se fundara en un falso punto de honor, si fuera una lamentable aberracion del género humano, si fuera una bárbara preocupacion indigna de los pueblos cultos.

No es pues el duelo una preocupacion de nuestros dias, no se funda en un falso punto de honor.

Es el gran principio constitutivo de las sociedades modernas, es el INDIVIDUALISMO, es el sentimiento de alta estimacion de sí propio el que mantiene el duelo en nuestras costumbres.

La preocupacion, el error, están de parte de los que, animados de ciertas prevenciones contra el desafío, han querido condenarle sin meditar bastante lo que se decian. En este error tienen su fundamento y su orígen todos los ataques, todas las apasionadas declamaciones que se hacen contra esta costumbre. No tiene tampoco otra esplicacion la inoportuna severidad de las leyes contra el desafío. Ni hay que buscar otro principio al impotente empeño de los gobier-

nos por proscribirlo; empeño impotente sí, porque el duelo se levanta triunfante en medio de tantos y tantos elementos conjurados en su contra.

En último análisis, bien considerado todo respecto del duelo, puede hacerse esta prediccion. Mientras el honor se conciba de la manera que hoy se concibe, mientras el individualismo domine como principio en las creencias y en las instituciones, subsistirá el desafío, y resistirá á todos los esfuerzos de los gobiernos para su represion. Solo en un cambio completo de los elementos de la civilizacion actual, solo pasando el mundo por una de aquellas trasformaciones profundas que señalan la hora de una gran revolucion en el génera humano, solo volviendo á dominar el SOCIALISMO, desaparecerá el desafío moderno para ser reemplazado por los combates, por las virtudes heróicas de la antigüedad, ó volveria á caer la raza humana en el envilecimiento y degradacion de los últimos dias de Roma.

(*Se continuará.*)

**Cirilo Alvarez.**

---

# DEL FEUDALISMO

Y

## DE LOS SEÑORÍOS TERRITORIALES EN ARAGON (1).

ARTÍCULO 8.°

Al esponer la teoría feudal de nuestro reino de Aragon, solo de sus fueros me he ocupado, y de las doctrinas que nuestros jurisconsultos y comentadores han sostenido para esplicar sus tendencias, tanto sociales como políticas.

He visto que en el privilegio general se anatematizaba el *mero* y *mixto imperio;* y que despues de asegurar, que no habia existido ni era posible existiese en nuestro reino, se fijaba al mismo tiempo la significacion que se queria dar á este término forense; y de todo he

(1) Véanse las págs. 321 y 417 del tomo XIII; las 56, 193 y 307 del tomo XIV, y la 111 y 229 del tomo XV.

deducido, que si la potestad Real nunca habia sido absoluta, ménos lo pudo ser el poder dominical de los Señores de vasallos.

Al leer cómo nuestras Córtes declaraban que el reino de Aragon consistia en su libertad, y que solo á precio de esta podrian soportar sus moradores la pobreza y esterilidad de su suelo, héme convencido de que la esclavitud, esto es, el *vasallaje feudal* no cabia dentro de sus instituciones, y que en caso de haber existido en el territorio aragonés, debió ser en pueblos no poblados á los *Fueros del Reino*, y siempre á poder de abusos y usurpaciones, que (merced á la confusion de los tiempos y á la prepotencia de algunos poderosos) habrian prevalecido, como muchas veces prevalece el crímen, contra toda justicia y contra toda ley.

Guiado por este espíritu, en mis estudios feudales, he visto, en efecto, que el abuso de la costumbre, elevado á prueba, bajo el título de *inmemorial* franqueó la puerta á las invasiones del feudalismo, enseñoreado ya de toda Europa; y que sometida á sus hábitos y resabios la Marca-hispana, consiguió infiltrarlos en el condado de Ribagorza, donde se levantaron, convertidos en verdaderos feudos.

Empero he observado tambien, que las Córtes aragonesas se ocuparon de este contagio; y que tratando de poner coto á tales usurpaciones, declararon fuera de la ley á los pueblos que, por débiles ó desavisados se habian sometido á tan bárbaro régimen. ¡Castigo duro, pero merecido, de quienes, con tantos medios forales para combatir este linaje de tiranía, así sucumbian ante el primer amago de la soberbia señorial!

Bastantes eran estos datos y estas doctrinas constitutivas del reino araganés, para convencerme, de que las instituciones feudales no pudieron compadecerse con la índole política de su monarquía; pero al considerar además que su corona era paccionada, que nunca sus reyes en sus mayores desapoderamientos lograron constituirse en señores de vidas y haciendas; que nunca tampoco pudieron disponer de parte ninguna del reino, ni de cosa alguna de él; y que los pueblos de realengo, libres de por sí, y aforados á las franquicias generales del reino, no podian cambiar de condicion porque pasasen á ningun *Señorío* particular, no tuve á mal caso, sostener que el Feudalismo era incompatible con la constitucion foral aragonesa.

Esto he hecho en los artículos anteriores, mas sin salirme de los *Fueros*, de los *Actos de corte* y de los procedimientos oficiales de cada jurisdiccion, dentro del estádio ó círculo de sus atribuciones.

Empero no hay institucion sin abusos que la menoscaben y aun desnaturalicen; ni pueblo alguno tampoco en cuya historia no se registren hechos que afean y degradan su índole y su carácter; ni sin acontecimientos lamentables que superiores en fuerza y en poder á todo dique social, no se hayan sobrepuesto á las leyes, por muy robusta que haya sido la organizacion política del Estado donde tuvieron lugar.

Si nunca suceso alguno alcanzase á sobreponerse á las prescripciones legales de un país; si nunca la maldad, y mas aun, el fraude simulado y la usurpacion pudieran romper el freno de la disciplina, nunca tampoco el crímen hubiera quedado impune; y sin la impunidad, hartos siglos hace que los delitos serian una cosa desconocida en las sociedades civiles. Dadme la inflexibilidad de las leyes, y la incorruptibilidad de los tribunales; dadme por cabo y término de ambos estremos, la ineludibilidad de la sancion penal, y os daré la tierra purgada de todo delito. De otro modo, la menor ó mayor frecuencia con que estos se cometen, pero nunca su completa estirpacion, será la medida, con que pueden graduarse la escelencia de las instituciones de un pueblo, la mayor ó mejor bondad de sus costumbres públicas.

En ningunas ha estado la potestad Real mas limitada que en las de Aragon, y en ningunas tampoco ha existido una série tan continuada de reyes mas morigerados, mas humanos y respetuosos. Infinitos son los testimonios que pudieran aducirse de esta verdad, que muchos antes que yo han reconocido y ensalzado; pero la historia de nuestro reino no se presenta por eso limpia de toda mancha, ni la diadema de sus monarcas dejó de mancillarse con actos indignos de la magestad Real.

Acaso los reyes mas señalados por su buen tino en el arte de gobernar, sean los que en casos dados hayan caido en mas graves prevaricaciones, en menos escusables atentados. Y digo esto, porque al fijar mi imaginacion en este punto, viéneseme á mas andar la memoria del Rey Católico, que en la historia aragonesa tiene sobre sí la mas grave imputacion en que haya incurrido ningun otro de los monarcas de nuestro reino.

Y sin embargo, este que tenia á la mano recursos forales de ineludible eficacia para la potestad Real, y que los habia usado antes, y los vino usando despues, con reyes no menos celosos de sus prerogativas que Fernando V, guardó silencio sobre tan grave aten-

tado: y la misma ciudad de Zaragoza, que tantos escándalos promoviera con su *Privilegio de veinte*, presenció muda é impasible el asesinato de uno de sus Jurados á manos de los oficiales del monarca.

Nada he podido averiguar que esplique las causas de este silencio; porque la historia no hace mas que referir el hecho, sin que comentarista alguno se haya tomado el trabajo ni aun de calificarlo. Lo refieren con horror, é indican el espanto que puso en el ánimo de las gentes tan grave crímen; pero sin duda ante la impasibilidad de los encargados de su vindicacion, entorpecióseles la mano para escribir sus quejas, y hasta se les embargó la voz en la garganta para trasmitirlas á otra edad, envuelta en la tradicion.

He querido con esto indicar, que al esponer las doctrinas políticas del antiguo reino aragonés, no pasó por mi ánimo negar que en su historia no se registran hechos repugnantes á sus instituciones, porque esto fuera demasiado pretender en tan larga série de siglos, y en el vaiven de las violentas vicisitudes, por donde atravesó su paccionada monarquía, sino que estos hechos, aun tolerados en circunstancias dadas, aun apoyados por el estravío con que las malas pasiones suelen en dias de turbacion y desasosiego torcer el curso de las leyes, ó reducirlas al silencio, nada pueden probar contra las instituciones de los pueblos, así como la escepcion no destruye la existencia de la regla general.

Escepciones de esta índole, y bien graves de suyo, se citan y se comentan en pró del feudalismo aragonés: pero probando su ilegalidad, justificando que fueron contrarias al espíritu y letra de nuestros fueros, quedará probado y justificado tambien, que ni la tolerancia de los monarcas, ni el erróneo parecer de los jurisconsultos en quienes se buscó apoyo, alcanzan á legalizar lo que dentro de sus leyes no tenga posible legitimacion.

Gravísimos son algunos de los hechos que se esponen para probar la existencia del feudalismo aragonés, y esto en épocas en que apenas existian restos feudales, en los demás reinos que constituyen la monarquía española. Son tomados estos ejemplos del promedio ya de la casa de Austria, y tan absurdos por sí mismos, que esto cabalmente debiera argüir contra ellos.

Parece que por los años 1600, y á resultas de una reyerta promovida en la villa del Belchite entre varios de sus vecinos, personas de calidad algunos, y hasta deudos del conde de dicho nombre,

hubieron de venir á las manos con el alcalde de dicha villa, á quien apalearon, dándole además una cuchillada.

Presentes á este caso se hallaban algunos indivíduos de justicia, que descuidaron la defensa del maltratado alcalde, ó por temor ó por parcialidad acaso, ó porque huyendo los agresores se pusieron en cobro, primero en un monasterio próximo, y despues en la ciudad de Zaragoza. Nada resolvió el conde sobre este escándalo, cuando los testigos presenciales fueron á darle cuenta del suceso á la referida ciudad; pero trasladándose á Belchite, pocos dias despues, tomó á su mano á cinco dellos, condújolos á la villa de Ijar, é hizo dar azotes á uno y garrote á los cuatro restantes.

Ruidoso escándalo promovió en el reino tan grave atentado, que á no serlo, pasára por desahogo natural de las iras señoriales; y esta insurreccion del espíritu público, contra tan rudo proceder, probará siempre, que el procedimiento no deberia estar muy de acuerdo con las costumbres y prácticas del reino, por que con sus fueros de seguro que no lo estaba.

Llegó á oidas de Felipe III no solo la gravedad del caso, sino el riesgo tambien de que (por el desabrimiento y enojo con que se habia tomado en el reino tan inícuo proceder) se suscitasen perturbaciones que pudieran alterar la paz de él, y resuelto el monarca á poner remedio y eficaz correctivo á tan insolentes desmanes, consultó la manera de tomar la satisfaccion debida.

Harto remiso, é irresoluto y aun temeroso andubo su consejo, en darle el que mas pudiera corresponder á tales desapoderamientos; y suponiendo dos cosas, en que de buen grado no se puede convenir, y son, que la villa de Belchite pertenecia á los pueblos desaforados de *potestad absoluta*, y que el ejercicio de esta *dominicatura* tenia el apoyo de los fueros en los señoríos jurisdiccionales, acordóse por toda providencia, que se tomasen informes sobre el caso, de quienes pudieran darlos competentemente con secreto y con imparcialidad.

La respuesta del Consejo de Aragon á esta consulta, que se le comunicó despues, fué declarar al conde de Belchite homicida voluntario, como si hubiese ejecutado aquellos *asesinatos violentamente con tiros de escopeta, ú otro género de muerte*; pero desviándose de lo que á la potestad Real competia contra los abusos de jurisdiccion cometidos por aquel señor de vasallos.

Dió por sentado, que el daño era propio y connatural de las li-

bertades de que aun disfrutaba nuestro reino (con piadosa intencion sin duda); y aconsejó la templada y liviana providencia de que se tragese á la corte de Castilla la persona del conde para proceder contra él como desobediente (porque llamado antes despreció el aviso): si bien preveía que de ello habian de resultar por parte de los señores de Aragon *ruegos, importunidades y embajadas,* fundándose en que los monarcas sus predecesores habian tolerado *estos habusos.*

Nótese en todo esto, que la marcada tendencia del Consejo, en esta manera capciosa de señalar el daño y ponderar los inconvenientes de su remedio, no era la reforma y estirpacion de estos desmanes, que solo calificaba de *abusivos,* sino la de las *instituciones,* contra cuya legitimidad nada se podia alegar, si bien indicaba que para ello era necesaria la intervencion de las Córtes.

A importantes reflexiones podría abrir la puerta este dictámen, dado por jurisconsultos de la escuela de Felipe II (pues de ella traían su raíz las doctrinas que profesaban), y que en obrar así no hacian mas que seguir el designio de su maestro, en el punto de anular, bajo formas legales, las libertades aragonesas, así como habia destruido su augusto padre las de Castilla por fuerza de armas en la jornada de Villalar.

Para esta empresa contábase, sin duda, con la servil docilidad, que ya se habia ensayado en las Córtes de Tarazona, á seguida de la decapitacion de Lanuza, cuya magistratura pasó, por su muerte, á manos de oscuros leguleyos, educados al calor de las doctrinas austriacas.

En el mismo sentido de templanza respecto al conde, pero sin tocar el punto de la reforma constitucional, se halla escrita la carta del abogado fiscal, el doctor Miravete de Blancas (carta que sirvió de apoyo al informe del Consejo), proponiendo medidas, de difícil ejecucion en su concepto, si para eludirlas echaba mano el interesado del recurso privilegiado de la *Firma*; en virtud de lo cual, á nada se procedió por entonces.

Graves, muy graves de tolerar, son los errores que (en mi concepto) contiene el espediente instruido sobre los asesinatos del conde de Belchite. Cierto es que los desafueros á que se entregaron los señores de vasallos de nuestro reino, durante la dominacion de la casa de Austria, escedieron á los de épocas anteriores, y que esta reaccion feudal tiene una esplicacion muy sencilla; pero nunca lo

será que el reconocimiento de tales abusos se sostuviera al apoyo de nuestros fueros, sino al interés bastardo de tendencias antiforales.

Una vez abatido el poder señorial de la nobleza por los Reyes Católicos, para robustecer con sus despojos la jurisdiccion Real, comenzáronse á temer los acrecentamientos populares, por los que tan de propósito se habian consagrado al entronizamiento del absolutismo monárquico. Esta misma raza de jurisconsultos, tan avezados por sus estudios á las doctrinas del derecho romano, fueron los que, bajo aquellos monarcas, habian declarado que el uso de los *remedios forales* no cabia en las causas de fé instruidas por el Santo-Oficio; declaracion que repitieron bajo su biznieto Felipe II, con motivo de la manifestacion de Antonio Perez, logrando falsear así las libertades públicas de aquel reino, y siendo este falseamiento la causa inmediata y necesaria de su ruina.

Sin embargo, semejante declaracion, era tan absurda con arreglo á los fueros de aquel reino, como contraria á las prácticas mas antiguas y autorizadas, en los puntos en que la jurisdiccion foral venia á rozarse con la eclesiástica.

No se tome, pues, á estrañeza que la escuela que entonces atentó tan derechamente contra las libertades del país, sostuviera dos siglos despues (cuando se hallaba mas en sazon el proyecto de su ruina) la potestad dominical de los señores de vasallos, á cuyo servicio y estipendio vivian, y con cuyos abusos medraban.

Pero no por esto, ni por la autoridad que entonces alcanzaron sus dictámenes, deben pasar hoy sin correctivo sus errores y malas doctrinas.

Nunca en Aragon fueron los señores jurisdiccionales señores de potestad absoluta.

En esto han convenido cuantos escritores regnícolas se hayan (de propósito ó por incidencia) ocupado de este asunto. Esos señores feudales ejercian su potestad dominical solo en pueblos *desaforados*, sin que nunca alcanzaran á revestir su poder de forma alguna jurisdiccional.

Bajo este supuesto, que no espero sea desmentido, la villa de Belchite, pertenecia al *Honor* del conde de su nombre, y nunca su señorío pudo tomarse como de potestad absoluta. La administracion de justicia estaba en ella organizada, segun los fueros del reino, como resulta del espediente mismo instruido sobre los asesinatos del

conde. Tenientes de alcalde, jurados y ministros todos de justicia fueron las personas contra quienes se procedió por no haber prestado auxilio al alcalde en su conflicto con los deudos del conde.

Esto manifiesta, que el poder ejercíase en Belchite, como verdadera jurisdiccion, ayudándose de las formas legales en sus procedimientos de oficio, y esto basta para rechazar la condicion de vasallos de *signo servicio* que los jurisconsultos de Felipe III quisieron imponer á los vecinos de dicha villa.

Pero existe por fortuna un documento auténtico, irrefragable, que desautoriza la voluntaria cuanto errónea calificacion de aquellos consejeros. Tengo á la mano, tomándola de la *Coleccion de fueros y cartas-pueblas* del académico Sr. Muñoz, la de dicha villa, y de ella resulta, que Belchite ni fué, ni nunca pudo ser poblacion *desaforada*, ni estar sometida á la potestad absoluta de ningun señor de vasallos.

Don Alonso el Batallador, á quien pertenece dicho documento, otorgó en 1116 á los vecinos de dicha villa, carta de *liberacion* tan franca, como que al declararlos *libres é ingénuos*, quiere que en sus causas usen de los mismos fueros concedidos anteriormente á la ciudad de Zaragoza. Y no solo manifiesta que es uno de sus pueblos de realengo y de *honor*, es decir, de señorío jurisdiccional, sino que despues de declararlos exentos de varios gravámenes, generales entre los pueblos de su índole, manda que se consideren siempre *ingénuos, libres y francos*, ellos y sus hijos, y sus casas y sus tierras, obrando en todo conforme á su voluntad, salva *solo* la fidelidad al monarca otorgante y á sus sucesores.

Huelgan para mi propósito las demás cláusulas de dicha *carta-puebla*, y omito por ello su insercion, puesto que por ser no menos notables pudieran dar márgen á mas ámplias esplicaciones.

Libre, pues, estaba de todo señorío dominical la villa de Belchite, cuando el Batallador quiso dar fomento y medros á su vecindario con los privilegios y exenciones de su *carta-puebla*; y sus vecinos no pudieron perder su condicion de *ingénuos* cuando por alguna régia merced pasaron al *feudo de honor* de su conde titular. Ignoro la época en que esto aconteció, y los términos tambien en que la *donacion* estuviese redactada, porque importa poco á mi designio la noticia de estos estremos; pero como quiera que los monarcas aragoneses al repartir los *honores* de su reino entre sus *ricos-hombres* no podian cambiar su índole, resultará siempre que

la villa de Belchite nunca pudo someterse á señor alguno de *potestad absoluta.*

Y mal pudo tampoco reconocer el Consejo de Aragon la legitimidad de los actos señoriales de su conde, aunque su término no hubiera sido el de tan inícuos asesinatos: ni encarecer tampoco la dificultad de poner remedio á tales escesos con ayuda de los fueros del reino, proclamando además doctrinas tan insostenibles dentro de nuestro régimen foral.

Ya tengo indicado antes, la buena voluntad con que los jurisconsultos de la escuela creada por Felipe I (de Castilla II) propendian á conceder á los *señores de vasallos* esa *potestad absoluta* que nunca pudieron tener los de Aragon en los pueblos de sus *honores*: y cuánto creció la insolencia de estos *régulos* al calor con que la *casa de Austria* fomentó sus desmanes, para que sirvieran de represa á la espansion que á la clase popular se concediera por los Reyes Católicos, cuando necesitaron de su auxilio contra la prepotencia feudal.

Pero dado este paso, se cambió de plan y de sistema. Sometidos á la jurisdiccion real los señoríos de toda especie, y viviendo y recibiendo sus medros de la corona los antíguos ricos-hombres, mas que sus rivales, eran sus servidores; y de sus servicios y buena voluntad necesitaba el trono austriaco para levantar el absolutismo monárquico sobre la ruina de las libertades públicas, plan que inició Cárlos I, y que, desarrollado mas resueltamente por su hijo Felipe, pasó para su completo acrecentamiento al primer vástago de la casa de Borbon, que lo llevó á cabo con el hierro de la conquista.

Mas sea de esto lo que quiera, es lo cierto que la villa de Belchite nunca perteneció, ni pudo pertenecer á ningun señorío de potestad absoluta; y que los escesos y desafueros de sus señores podian y debian someterse al ejercicio de la jurisdiccion ordinaria, y de los recursos forales.

Sus condes nunca ejercieron legítimamente mas jurisdiccion que la foral, y ni en sus mismos archivos existen documentos que acrediten género alguno de feudalismo en su *honor*. Hoy, despues del prolijo exámen que de todos ellos se han hecho por los señores de vasallos para sostener sus derechos señoriales, no se conserva memoria de que el conde de Belchite disfrutara en lo antíguo de otra prestacion que dos séptimos del diezmo de algunos, que no todos los términos de dicha villa, y de los privilegios de molinos y

horno, y del de riego para una finca de muy corto valor, que es lo único que actualmente posee en su condado.

De igual índole, aunque mas censurable todavía, es el segundo caso que se nos cita del pueblo de Calanda, relativo al gravísimo atentado cometido en él por la que se titulaba su señora, doña Victoria Pimentel, mujer de D. Martin de Alagon.

Era por lo visto dicha dama, que se habia educado en la corte de Felipe III..... una verdadera señora de horca y cuchillo, que daga en cinto, y pendiente del mismo un par de pistolas, recorria su Estado, componiendo su cortejo de gentes de condicion aviesa, y arriscada, de la que por su índole facinerosa, se conocian en aquellos tiempos con el nombre de *lacayos*.

Decretada en España la espulsion de los moriscos, hubo de apoderarse de sus bienes, cosa que parece ofrecia alguna dificultad, en la villa de Calanda, segun lo indicaba su mismo alcalde, y para allanar el camino, procuró ganar á su servicio la espresada Pimentel, á un tal Salaverte, catalán comarcano, que tenia fama de mozo resuelto, y que habia dado celebridad á su nombre con el terror que inspiraban sus crímenes. Una vez aprovechado este auxilio, los vecinos de Calanda principiaron á temer, que no teniendo á la mano moriscos que atropellar, y desabriéndose Salaverte de no dar alimento á sus instintos facinerosos, quisiera ensayarlos en los cristianos viejos, y en su virtud pidieron á su señora despidiese del vecindario á tan temible huésped.

Acudió la Señora á esta súplica, espulsando á Salaverte de la villa, á quien por harto remiso en su obediencia conminó con la pena de muerte.

No son de referir las malas artes que puso en juego la Pimentel para atraerse la persona de su antiguo servidor, que se andaba algo soliviantado con el proceder de su señora, ni la perfidia altamente alevosa con que, habiéndolo cogido entre sus redes, lo hizo ajusticiar públicamente.

Los medios de que echó mano para conseguir su prision, esceden por su repugnancia á todo encarecimiento; pero son tales, y hasta tal punto envilecian las condiciones de su sexo en una dama de su calidad, que mas que á la estincion de los moriscos, debió haberse consagrado el monarca á la espulsion de las razas señoriales, que de aquella manera ejercitaban sus pretendidos derechos.

Segun el espediente formado por la villa de Calanda en el co-

mienzo del siglo anterior, año 1705, para ante la corte del Justicia mayor del reino á fin de protocolizar en debida forma su fuero de poblacion, resulta, que dicha villa con sus agregados pertenecia á la órden de Calatrava: que en 1602 enajenó su señorío á don Martin de Alagon, conde de Sástago, y á doña Elvira Pimentel su mujer: que muerto dicho Alagon, se rescindió la indicada venta á instancia de la órden de Calatrava, por falta de cumplimiento á esta del indicado conde de Sástago: y que vuelta la villa de Sástago á su anterior estado, se tomó posesion de su señorío por el procurador de Calatrava como consta por escritura pública de 1626, testificada por Manuel Quirós, escribano de S. M. y oficial mayor de la escribanía de cámara de las órdenes de Calatrava y Alcántara.

Dos cosas (entre otras muchas), resultan de la toma de posesion, la una que el señorío era jurisdiccional, y la otra que los vecinos de Calanda podian usar y gozar de todos los fueros, observancias, usos, costumbres, privilegios, franquezas del reino de Aragon: debiendo advertir que en esta carta puebla no se trata de otorgar nuevos derechos á los pobladores de aquella villa, sino de consignar los que siempre habian tenido y disfrutado.

Estas solas indicaciones bastarian, sin el apoyo de ningunas otras, para destruir el carácter de *potestad absoluta* que se ha querido atribuir al señorío de Calanda y sus anejos.

Los que pretenden sostener tan falso dictámen, no se curan de manifestar si la enajenacion del feudo de Calanda se hizo á favor de la Pimentel, estranjera sin duda, segun su apellido, ó á su esposo, quien por el suyo pertenecia á una de las casas de nuestros ricoshombres, que eran los condes de Santiago. Tampoco espresan si la tal Señora de vasallos, lo era por su marido, y viuda ya, obraba en virtud del usufructo foral, ó si en vida de aquel procedió por sí y ante sí al crímen de que se le acusaba.

En uno y otro caso, viuda ó casada, debió notarse una grande irregularidad en sus procedimientos, por los que intentan hoy sostener su potestad feudal; porque ni en vida de su esposo podia administrar ni gobernar su señorío, ni en su calidad de viuda, podia segun nuestros fueros usar de la potestad absoluta, aunque Calanda hubiese pertenecido á esta clase de señoríos, ni sus vasallos lo fueran *servitutis*, ó de *signo servicio*.

Pero hay mas: los pueblos de señoríos pertenecientes á iglesias

ú órdenes eclesiásticas, incluyendo en estas las militares, no estaban sujetas á la potestad absoluta de sus señores, aunque fuese de esta índole su señorío; y aun los que hubieran pertenecido á la potestad dominical, libertábanse de esta condicion, cuando de poder de sus señores absolutos pasaban al del monarca, porque entonces convertiánse en pueblos de realengo, es decir, de señorío jurisdiccional.

Constituidos en su nuevo estado donde el monarca no tenia mas jurisdiccion que la foral, mal podia éste al darlos *su honor*, trasmitir al *donatario* mas derechos que los que el mismo obtenia en los pueblos sobre que recaía su donacion; y esto hubo de acontecer, cuando el monarca, separando el pueblo de Calanda del señorío de la órden de Calatrava, lo dió en *honor* á la Pimentel ó á su esposo.

Estas indicaciones, que se apoyan en la doctrina comun de todos los escritores y jurisconsultos, que han tratado esta materia de señoríos, son consecuencia legítima de la aversion que se profesaba en nuestro reino á las *Dominicaturas señoriales*, aversion que se descubre distintamente en las mismas leyes que las autorizan. Las observancias del reino no señalan otra causa de legitimidad, que la *costumbre*, pero costumbre abusiva, como que se fundaba, en la violencia y usurpaciones de la jurisdiccion ordinaria, segun los mismos fueros manifiestan.

El de *Ripacurcia*, al reconocer la existencia de los señoríos de potestad dominical, no solo dicta las disposiciones convenientes, para impedir su propagacion en el reino, sino que declara fuera de ley á los pueblos que hubieran consentido en semejante vasallaje: y el jurisconsulto Ramirez, tipo entre los nuestros, del mas intransigente ultramontanismo político, no solo asegura, que era general el ódio que se profesaba á esta clase de señoríos, sino que supone, que la potestad de *tratar bien y mal á los vasallos*, nunca estuvo en práctica, siendo por el contrario la letra que la consigna una vana fórmula, cuyas consecuencias nadie aceptó jamás. Asegura tambien que esta *Potestad absoluta* traía su corriente del derecho de conquista sobre los infieles, á quienes los conquistadores hicieron merced de la vida y de sus propiedades, de que eran dueños por las leyes de la guerra bajo la condicion del vasallaje de signo servicio, á que los sarracenos se sometian. De tan vicioso ejemplo, supone, pasó el abuso á algunas cartas-pueblas, que aceptaron de sus respectivos señores, los colonos que se resignaban á poblar las tierras de

estos bajo tan dura condicion. Por lo demás, la anatematiza como bárbara, y desde luego puede deducirse de sus doctrinas, que allí donde en el fuero de poblacion no se haya estipulado esta clase de vasallaje, allí donde el vasallo no lo ha aceptado voluntariamente, era contraria á nuestros fueros la *potestad dominical.*

De muy buen grado convengo en esta parte con el jurisconsulto Ramirez, por que sobre sus doctrinas vengo esponiendo nuestra teoría foral, en este punto de los señoríos de Aragon.

Véase, pues, si con estos antecedentes pudo el Sacro-Consejo contestar, en la forma que lo hizo á la consulta de Felipe III sobre el asesinato de la Pimental; y véase asimismo si los errores de su dictámen pueden redundar en menoscabo de unas instituciones que rechazaron siempre los escesos y malos hábitos del feudalismo, y que sin embargo, se quieren calificar de esencialmente feudales.

Las bases que sirven de apoyo á esta opinion, no existen en nuestros fueros, sino en las malas tendencias de los sabidores del derecho bizantino, tan plagado de resábios feudales, y que educados además en la escuela tudesca, quisieron traer á nuestro código las doctrinas absurdas de la esclavitud romana, tan de todo punto rechazadas por nuestra legislacion foral.

Pero la carta-puebla de Calanda ha venido á reparar el silencio, que tan sospechoso se hacia en boca de los que, tomando á empeño el sostener el espíritu feudal de la constitucion aragonesa, tan de pasada procedian en el exámen de los dos casos citados. Consta de aquella que el señorío de dicha villa se enajenó á favor del conde de Sástago: que dicha villa estaba poblada á los fueros de Aragon, y que por consecuencia, sin la necesidad de apelar á las doctrinas forales que regian en nuestro reino en punto á la viudedad *señorial* y á los señoríos de iglesias y órdenes militares, se pone en descubierto el grave error con que procedió en su dictámen, tanto el Sacro Consejo de Aragon, como todos los demás jurisconsultos que tomaron parte en el esclarecimiento de este negocio.

Han equivocado, pues, su camino los que con la esposicion de estos dos actos de verdadero vandalismo señorial, háyanse propuesto poner de relieve el espíritu feudal de los fueros aragoneses, y robustecido mis indicaciones sobre la manera con que la casa de Austria le dió medros y acrecentamientos, con su negligencia unas veces, con su asentimiento otras. Tanto Belchite, como Calanda, fueron pueblos dados en *honor* donde no cabia el señorío de *potestad*

*absoluta*, y donde la Real jurisdiccion pudo obrar de lleno contra los asesinatos allí cometidos, comenzando por privar de *él* á los tales señores de vasallos. La Pimentel, por otra parte, aun cuando el señorío de Calanda hubiera sido absoluto, no podia ejercerlo por su calidad *de viuda*, ni por la procedencia eclesiástica que ésta tenia. Cabalmente, desde su egresion de la órden de Calatrava, hasta que volvió á ser incorparado á la encomienda de la misma, trascurrió solo el espacio de unos veinte años, y mal pudo en tan corto trecho crearse costumbre alguna que sirviera de asiento á tan vandálicos abusos.

Para proceder en esta materia por *albedríos* y por *fazañas*, necesitábase de mas tiempo, sin que esta falta pudiera subsanarse con sus escesos.

**Manuel Lasala.**

## DE LA INSINUACION DE LAS DONACIONES.

Es un requisito ó circunstancia esencial para la validez de las donaciones que escedan de quinientos maravedises de oro, esto es, de 25,600 rs. vn., segun unos, y de 7,352 rs. 32 maravedises, segun otros.

La ley 9, tít. 4, Partida 5.ª, dice lo siguiente: «Si un ome quisiere dar á otro, ó á otro lugar, puédelo facer sin carta hasta 500 «maravedis de oro. Mas si quisiere facer mayor donacion de lo que «es sobredicho en esta ley, lo que fuere dado de mas, non valdria. «Fueras ende, si lo ficiese con carta é con sabiduría del juzgador de «aquel lugar dó fiziesse la donacion.»

Esta debe presentarse al juez de primera instancia del partido en que se hubiere otorgado, por el mismo donante, á fin de que, enterado de no haber mediado violencia, dolo ni coaccion, se sirva insinuarla, aprobando y confirmando su liberalidad, para que sea va-

(1) .....El número de los capitalistas de 100,000 duros está en comparacion con los de menos capital, en relacion de 1 de aquellos por 3,085 de los segundos. Las leyes deben hacerse en utilidad de los mas, para los casos que se presentan con frecuencia.

ledera y estable. Sin este requisito seria nula, no con respecto á toda la cantidad, sino en cuanto al esceso de los quinientos maravedises de oro.

De modo que el principal objeto de la citada ley, concordante con el derecho comun, fué evitar que los donantes fuesen víctimas de algun engaño ó seduccion, ó que por este medio no destruyesen su patrimonio con donaciones inmoderadas.

Mas en Cataluña, al prescribir la ley la insinuacion, tuvo un fin mas previsor y mas elevado, cual fué el de evitar los fraudes que se cometian contra los acreedores en una época en que no podia darse á aquel acto toda la publicidad que se requiere, por no hallarse entonces establecido el registro de hipotecas.

Bien claro lo dice la constitucion 1.ª, tít. 9, libro 8, volúmen 1.º de las del Principado de Cataluña, con estas terminantes palabras:

«Para évitar los fraudes que con frecuencia se cometen en las «donaciones que se hacen, ordenamos que cualquiera donaciones «universales, ó de la mayor parte del patrimonio, ó que escedan de «quinientos florines (1), deban ser registradas en las curias (escriba«nías) de los ordinarios de la cabeza de la Veguería en la cual se hi«cieren dichas donaciones, escribiéndose el dia en que dichas dona«ciones se anoten en el libro que se titula de donaciones y hereda«mientos, con un índice que contenga los nombres y apellidos de los «donadores y donatarios y del escribano que hubiese autorizado la «donacion; y si las tales donaciones no fueren continuadas diez dias «antes del préstamo ó contrato, no hagan fuerza ni valor (nótese «esto) en perjuicio de dichos acreedores censalistas, ni otros que «tengan sus créditos en escrituras ó vales, sino del dia de las conti«nuaciones de aquellas en adelante.»

En presencia de la letra y espíritu de esta ley, puede muy bien sostenerse que en Cataluña son válidas y obligatorias tales donaciones, aunque les falte el espresado requisito, cuando no han sido hechas en fraude de los acreedores, que es lo que se propuso evitar la ley, y salvas las acciones que competen al donante para revocarla, anularla ó rescindirla, con arreglo á lo prescrito por el derecho comun.

La terminante disposicion de la constitucion citada viene robus-

(1) Cuatrocientas veinticinco libras catalanas, equivalentes á 4,533 rs. 11 mrs. vn.

tecida por el principio de derecho de que la espresion de una cosa es la esclusion de la otra. *Inclusio unius est exclusio alterius.*

Si la ley ha prescrito que no tengan fuerza ni vigor tales donaciones en perjuicio de los acreedores del donante, para evitar los fraudes que con las tales donaciones se cometian en perjuicio de los mismos, naturalmente ha querido que fuesen eficaces y valederas cuando no media esta circunstancia.

Así que, en nuestra humilde opinion, nos parece contraria á esta constitucion la jurisprudencia que declara nulas en Cataluña las donaciones que carecen del espresado requisito de la insinuacion, cuando no han sido hechas en fraude de acreedores.

Ahora que los traspasos y los gravámenes de la propiedad se hacen públicos por medio del registro de hipotecas, podria muy bien suprimirse el requisito de la insinuacion, con tanto mas motivo, cuanto que se ha llenado el objeto que se propuso la constitucion catalana, al paso que tampoco se consigue el que se propuso la ley de Partidas, supuesto que generalmente el juez aprueba la donacion *pro formula* á la simple solicitud del donante, sin hacerle comparecer á la presencia judicial, sin verle y sin interrogarle sobre las circunstancias que han mediado para hacer la donacion.

El célebre Cancer, part. 1.ª, cap. 8.º, número 8, dice que muchas veces, *y casi siempre*, la insinuacion se hace sin conocimiento del juez, y solo se toma razon por el escribano encargado del registro de donaciones.

Las hay que no necesitan insinuarse aunque pasen de 500 maravedises de oro, tales como las remuneratorias, porque no son sino una compensacion de los beneficios recibidos; las del tercio y remanente del quinto hecho á los descendientes legítimos, porque hasta la muerte del donador no puede saberse si pasarán de dicha cantidad; las que se hacen por causa de muerte; las que se hacen al Rey ó por el Rey; las que tienen por objeto la redencion de cautivos; la reparacion de casa derribada ó cualquiera otra obra pía; las que se hacen por razon de dote ó casamiento, y las donaciones *propter nuptias*; las recíprocas y algunas otras. Véase á Escriche, en su *Diccionario razonado de Legislacion y Jurisprudencia*, tomo 2.º, página 174; á Molina, *De primogenituris*, lib. 2.º, cap. 8.º, núm. 15; *Julius Clarus*, lib. 4, sentencia 5.ª; *Donatio*, 9, 2, núm. 2, *et* 9; 16, núm. 6; y Antonio Gomez, tomo 2.º, *Var: res.*, cap. 4.º, número 10.

Si las espresadas donaciones no necesitan de la insinuacion ó aprobacion del juez, segun el derecho comun y la respetable opinion del gran número de autores que hemos citado, no se alcanza la razon por qué ha de exigirse este requisito en las demás, supuesto que en estas, lo mismo que en aquellas, puede haber mediado violencia, dolo ó coaccion.

Opinamos, pues, que la ley no debería exigir el espresado requisito, asi por las razones espuestas, como porque cuando la donacion adoleciere de alguno de los espresados vicios ó defectos, las mismas leyes conceden facultad al donante para anularla, rescindirla ó revocarla, como se hace con los demás contratos, y lo hemos sostenido con buen éxito algunas veces ante los Tribunales.

En Cataluña es una cuestion árdua si la donacion roborada con juramento necesita de insinuacion. Cáncer, *Var.* 1, cap. 8, núm. 4, y otros célebres tratadistas del Derecho municipal, dicen que no, porque el juramento suple la insinuacion, entendiéndose esto en perjuicio del donador que juró; mas no de un tercero, como por ejemplo, de un acreedor del donante. La razon es porque el juramento confirmatorio de un contrato no produce ningun efecto para la confirmacion de este, ó para otro objeto, en perjuicio de un tercero que no contrae ni jura, pues el juramento de uno no puede ser dañoso á otro.

Hay tambien otro caso en que valdrá la donacion, aunque esceda de 500 maravedises de oro y no esté insinuada, como por ejemplo, si el donador hubiese impuesto al donatario la obligacion de tener que mantenerle durante su vida, ó de pagar ciertas obligaciones ó legados que disminuyan considerablemente el valor de los bienes donados ó el importe de la donacion, hasta el punto de no resultar líquida para el donatario la suma de los 500 maravedises de oro.

Así lo declaró el Supremo Tribunal de Justicia en sentencia proferida sobre recurso de nulidad interpuesto por el presbítero D. José Gonzalez de la dictada por la Audiencia de Búrgos en el pleito con Casilda Perez, en 21 de noviembre de 1846, publicada en la *Gaceta* del 27 de dicho mes y año, que se halla en el tomo 1.° de la *Coleccion* publicada por la Empresa de la REVISTA, pág. 67; fundándola el Tribunal en el siguiente considerando:

«Que no habia términos hábiles para fijar desde luego el líquido »valor de la donacion y la consiguiente necesidad de insinuarla si »escedia de la cuota legal, puesto que la prolongacion incierta de la

»vida del donante (á quienes debia mantener el donatario) podria »reducirla á la nulidad, y aun convertirla en gravosa.»

Hay otro caso, en que creemos ha de valer la donacion aunque no haya sido insinuada, y es cuando el donante ha fallecido sin revocarla, ó sin alegar contra ella ninguno de los vicios ó defectos capaces de invalidarla; porque en este caso concurre la razon de la ley 4, tít. 11, Partida 4.ª, que prohibe las donaciones entre marido y mujer: «Fueras ende (dice), si aquel que fiziere la donacion non la «revocase, nin la desfiziese en vida: *Ca entonces fincaria valedera.*»

Esta misma razon concurre en el caso propuesto, y por consiguiente, donde hay identidad de razon, debe haber identidad de decision. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus debet esse.*

Lo mismo sucede con la donacion hecha por el padre á favor del hijo que está bajo la patria potestad; pues aunque segun el derecho romano no es válida por reputarse ambos una misma persona, se confirma con la muerte del padre si no la ha revocado.

Cuando el donante no ha revocado ni venido contra la donacion durante su vida, ha manifestado su voluntad constante de que subsistiese despues de su muerte, y seria contrariar esta misma voluntad el declararla nula, no pudiendo, por lo tanto, ser este el espíritu de la ley 9, tít. 4.°, Partida 5.ª, que ordena la insinuacion para que el donante no sea víctima de alguna violencia, intimidacion ó engaño.

Si hay razon para que valgan las donaciones hechas entre marido y mujer y entre padre é hijo en los casos prescritos por el derecho, no la hay menos para que valga la que esceda de quinientos florines muriendo el donante sin haberla revocado.

Si esta opinion pudiese ofrecer alguna duda, se esplicaría satisfactoriamente por la citada ley 4, tít. 11, Partida 4.ª, y por las espresadas disposiciones del derecho comun; porque las contrariedades que se observan en ciertas leyes deben esplicarse por los principios que se encuentran en otras. *Leges legibus concordare promptum est. Lex unic. Cod. de inoff. testam.*

Es preciso no olvidar jamás, que en ninguna ciencia se hacen mas indispensables y necesarias las reglas de la crítica y de la interpretacion, que en la de la aplicacion de las leyes, en aquellos negocios de grande interés y en los que se disputan cuantiosos derechos.

La ciencia consiste, como ha dicho un célebre magistrado, en la

médula de la razon, no en la corteza de lo escrito. Este principio, que ha sido tambien controvertido, que ha sido hasta negado por los inconvenientes de su abuso, hijo por lo comun de falta de rectitud ó de inteligencia, es uno de los fundamentos de nuestra legislacion; pues como dice una ley de Partida, *el saber las leyes non es tan solamente el aprender é decorar las letras de ellas, mas el verdadero entendimiento de ellas.* De poco ó nada le serviria á uno el saber de memoria todos los códigos si ignorase el espíritu de sus leyes.

Nos hemos estendido tanto sobre esta materia, por ser de las mas difíciles y de mayor importancia y trascendencia, y que con mucha frecuencia ocupa la atencion de los Tribunales.

Si no hemos acertado en nuestra opinion, esperamos se nos haga la justicia de creer que la hemos espuesto con el laudable fin de prestar un servicio á la ciencia, que es el fin que nos hemos propuesto en todos nuestros artículos y trabajos jurídicos durante una série de años.

**Francisco de Pou.**

# DE LA SUCESION FORZOSA (1).

> Non se deben facer las leyes si non sobre las cosas que suelen acaescer amenudo.....
> En las que se facen de nuevo debe ser catado en cierto la pro que sale dellas ante que partan de las otras que fueron antiguamente tenidas por buenas et por derechas. Ley 13, tít. 33, Part. 7.ª

Despues de quince años de una destitucion inmerecida, debo al Gobierno actual de la nacion mi regreso á la carrera del profesorado español.

Vuelvo, pues, á los estudios predilectos de mi juventud, sino con mas caudal de conocimientos, con menos pasion por cierto, y por consiguiente con mas imparcialidad; pagando de esta manera á mi país y á su Gobierno una muy pequeña parte de la deuda de gratitud que sobre mí pesa.

Una de las cuestiones mas importantes para el porvenir de mi patria, y mucho mas para algunas de las provincias de la Monarquía,

---

(1) El Sr. D. Francisco Castañs, autor de este artículo, fué por espacio de muchos años profesor de derecho en la Universidad de Barcelona. La intolerancia de sus adversarios políticos le separó del profesorado que habia desempeñado con general aceptacion. Restituido á la enseñanza despues de mucho tiempo, fué nombrado catedrático de la Universidad de Salamanca. Apenas se habia posesionado de la cátedra, una muerte repentina le ha arrancado á su familia, á sus amigos y á la ciencia. Deseando contribuir al esclarecimiento de las cuestiones á que dá lugar el proyecto de Código civil, habia ofrecido á la Direccion de la REVISTA escribir algunos artículos, respecto al sistema del derecho catalan. Cumpliendo su promesa, pocos dias antes de su prematura é inesperada muerte remitió este artículo preliminar de otros con que pensaba favorecer nuestras páginas. En él aboga por la conservacion del derecho catalan, en lo que á la cuestion de legítimas se refiere é impugna á nuestro celoso é ilustrado colaborador Don Francisco de Pou. Para dar una muestra de que en nuestra REVISTA caben todas las opiniones que en el terreno científico se ventilan, y un tributo de aprecio á la buena memoria del Sr. Castañs, damos lugar á este fracmento. Si se despertara en todas partes el deseo de hacer juicios comparativos entre las legislaciones forales y la de Castilla, se vendría mas en conocimiento de las ventajas é inconvenientes de la uniformidad del derecho civil en toda la Monarquía, se ayudaria al legislador en sus reformas, se ilustraría la opinion, y el nuevo Código civil saldria en su dia con todas las prendas de adhesion, de conveniencia y de prestigio.—LOS DIRECTORES DE LA REVISTA.

es la que se presenta como resuelta por el art. 642 del proyecto de Código civil, estableciendo la sucesion forzosa y limitando la estension de la facultad de testar: cuestion que antes de resolverse ha sido indudablemente tan meditada y discutida por los ilustrados miembros de la comision de Códigos; como, segun parece, combatido y defendido despues su acuerdo por celosos y apasionados jurisconsultos y escritores del país.

Sin embargo, y á pesar de no tener á la vista mas que la estadística oficial, las disposiciones del proyecto referido y los escritos publicados por mi paisano D. Francisco de Pou, no titubeo un instante en emitir mis observaciones y juicios contrarios á uno y otros; no aspirando al par que aquellos á otro objeto que el de la felicidad general.

Si como catalan puede alguno atribuir mis opiniones á ciego cariño hácia las instituciones de mi país natal, á ese sentimiento tierno que nace con el hombre y se desarrolla con él, sentimiento justo muchas veces y no pocas motejado con la calificacion de *espíritu de provincialismo*; mi calidad de hijo segundo-génito, y la circunstancia de no haber recibido ni antes ni despues del fallecimiento de mis padres, ni siquiera la legítima correspondiente, deberá convencerle de su equivocada apreciacion; y de que solo un convencimiento profundo de la bondad y utilidad general de aquellas antiguas y venerandas instituciones, es el que guia mi pluma, escribiendo contra los intereses y derechos aparentes de esa clase á que pertenezco, y que algunos con mas sentimiento que razon creen postergada é injustamente desatendida.

El Sr. de Pou está sin duda libre de todo compromiso: no es la parcialidad, no el antagonismo provincial los que guian su pluma; si concreta sus observaciones contra la legislacion catalana y la defensa de los hijos segundo-génitos de aquel país, cuando en otras provincias limítrofes y no limítrofes de Cataluña está vigente una legislacion mucho mas dura (segun los principios del Sr. de Pou), y que atiende mucho menos á la suerte y bienestar de los hijos segundo-génitos de las mismas, es porque se ha propuesto sola y esclusivamente hablar de la legislacion especial del país á que debe el sér y en que se halla establecido. Pero no es porque pueda desconocer esta verdad: para demostrarla basta recordar la legislaciou foral de Navarra y de Vizcaya, de Aragon y de Valencia, y comparar sus disposiciones con las del Código catalan.

Mientras que en Cataluña la ley ha fijado para legítima de los hijos la cuarta parte de los bienes del padre testador (1), en Navarra, por punto general, cumple con dejarle una *robada de tierra en los montes comunes* y la cantidad de cinco sueldos (2); en Vizcaya, algun tanto de tierra, *poco* ó *mucho* (3); en Aragon, solo cinco sueldos por bienes raices y otros tantos por bienes muebles (4); y en Valencia la parte que quisieren (5).

Mientras que en Cataluña no puede el padre desheredar á sus hijos sin espresar una causa legítima, y obligando al heredero á justificar que es verdadera; en Navarra, por regla general, no hay necesidad de alegarla siquiera, mientras quede salva al hijo ó hijos la mencionada legítima foral.

Mientras, por fin, debe el heredero en Cataluña describir inventario de los bienes y derechos del difunto ante escribano y dos testigos, bajo pena de ser responsable con sus bienes propios de pagar las cargas todas de la misma; puede en Aragon prescindir de esta formalidad, sin que esté obligado mas que á lo que alcancen los bienes hereditarios (6).

Y sin embargo, no se ocupa el Sr. de Pou de aquellos *pobres desheredados* de estas provincias aforadas; ni cita en sus diferentes escritos, ni conozco yo jurisconsulto ni publicista alguno de las mismas que haya probado con razones convincentes y con datos inequívocos, ni lo injusto y perjudicial de su legislacion, ni la necesidad de su reforma, ni la conveniencia de la proyectada por el Código civil; como, en mi humilde opinion, tampoco lo ha justificado él por lo que respecta á la legislacion catalana, ni lo creo posible, cuando datos inequívocos, documentos oficiales, la historia y la lógica demuestran lo contrario.

En la conviccion de que el Sr. de Pou nada ha omitido de cuanto conducirle pudiera á su objeto, y habiendo yo suplido su silencio en lo que mira á la legislacion foral de Navarra y Vizcaya, Aragon y Valencia, paso á ocuparme detenida y ordenadamente de todos los

(1) Lib. 6.°, tít. 5, const. seg.
(2) Lib. 3.°, tít. 13, ley 16 de la Nov. Rec. de Navarra. La *robada* de tierra es mas de media fanega, y equivale á 400 varas cuadradas de Navarra, que admite un *robo* de sembradura.
(3) Ley 11, tít. 20 de los fueros de Vizcaya.
(4) Fuer. ún. *de testam. nobl.*: fuer. ún. *de testam. civium*.
(5) Const. 42 de Jaime V.
(6) Observ. 3.ª, y ley 12 *de testam.*

asertos y razonamientos que ha aducido; esperando probar completamente y de una manera incontrovertible la inexactitud de aquellos y la incongruencia de estos: y como consecuencia legítima y definitiva, «que no solo es justa, útil y necesaria la conservacion del fue«ro catalan y de las otras provincias forales; sino tambien que puede «ser conveniente elevarlo á la categoría de ley general de la Na«cion;» si es que se cree de tanta urgencia y de tan indispensable cumplimiento el precepto constitucional relativo á la uniformidad de la legislacion.

## I.

Los defectos que se imputan al fuero catalan, y por razon de congruencia, al de las demás provincias citadas, son los siguientes:

1.° Que su disposicion es contraria al derecho natural.

2.° Que contribuye poderosamente al celibato, disminuye en consecuencia el número de matrimonios, y por lo mismo la poblacion y riqueza pública.

3.° Que es una de las causas de la emigracion al Nuevo-Mundo, aumenta la empleo-manía, y el número de profesores en las carreras científicas de una manera superabundante.

4.° Que el fuero catalan vincula la propiedad en un corto número de indivíduos, que generalmente hablando, se dedican al ócio y á los placeres; entrando tan solo en la circulacion una cuarta parte de la riqueza provincial; y que sus efectos son muy parecidos á los resultados que han dado los mayorazgos en Castilla.

5.° Que el fuero catalan como vinculador ha impedido la division de la propiedad en perjuicio de la agricultura y de la riqueza nacional.

6.° Que el fuero catalan introduce la probreza y el desaliento, fomenta las semillas del mal moral, turba la armonía y la concordia de las familias, abre ancho campo á los pleitos y deja sin ocupacion una masa enorme de indivíduos *con grave riesgo de la pública tranquilidad.*

Estos son los puntos que he visto descollar en los escritos del Sr. de Pou. Si alguno he omitido, le suplico se digne recordármelo; protestándole que habrá sido contra mi voluntad, y que como los anteriores no quedará sin la debida refutacion.

Para proceder con la claridad debida examinaré por su órden cada uno de los citados puntos; haciéndome cargo de los asertos en que

aquellos se apoyan, y de las consecuencias ó ilegítimas ó equivocadas que se hayan deducido.

CUESTION 1.ª

*¿El fuero catalan es contrario al derecho natural?*

No seguiré al Sr. de Pou en la escursion que ha hecho por el campo histórico de la legislacion de Castilla y de Cataluña; que si dá una muestra de su erudicion, nada prueba á su objeto, y antes lo contrario; como en ocasion mas oportuna me hago un deber de evidenciar.

Para resolver pues la cuestion propuesta, es conveniente el exámen prévio de si la facultad de testar es permitida por el derecho natural y si existe en lucha ó en armonía con el derecho civil. Al efecto es preciso definirlos.

Por derecho natural entiendo yo el conjunto de prescripciones permisivas y negativas escritas por el dedo eterno de la Providencia en la conciencia humana, y que no tienen ni pueden tener mas objeto que la conservacion y perfeccion del hombre en el órden físico, moral é intelectual: y por derecho civil el conjunto de leyes escritas y promulgadas que, basadas en las eternas prescripciones del derecho natural y que regulando las relaciones del individuo con la familia y del ciudadano con el ciudadano, deben tener por objeto la conservacion y perfeccion de la sociedad en todas sus partes.

Es visto pues que el derecho civil no puede estar en lucha con el derecho natural, cuando aquel es la manifestacion práctica de este, y cuando uno mismo ó idéntico es su objeto final.

Ahora bien; la facultad de testar considerada en abstracto, la facultad de disponer hoy del destino que debe darse mañana á las cosas que nos pertenecen; la facultad, ó mejor el deber de prevenir lo conveniente para nuestra conservacion y perfeccion futura, para la conservacion y perfeccion futura de la familia que es nuestra emanacion y la reproduccion nuestra; para la conservacion y perfeccion de la sociedad que constituimos, y de que en bienes y en males somos solidarios; es una de esas prescripciones eternas, positivas en la esencia, permisivas en la forma, escritas por la mano de Dios en la conciencia de la humanidad y reveladas por toda la creacion.

Luego la facultad de testar, independiente de la forma, es de derecho natural.

En vista de esto, y á pesar de los elogios que al Sr. de Pou merece Mr. Linguet, yo me creo dispensado de refutar las opiniones del escritor que sienta de un modo absoluto «que del verdadero derecho »natural no existe el menor vestigio en la sociedad, que es incompa»tible con ella y que lleva necesariamente consigo la destruccion »del derecho civil. Que la esencia del derecho natural es una *liber»tad indefinida;* y que la del derecho civil es la *privacion absoluta* »de esta libertad.»

¡Desgraciada la Sociedad cuyas leyes no estén basadas en los eternos principios del derecho natural!

La facultad de testar no es indefinida, sino limitada por el derecho natural por cuanto el hombre no debe disponer de sus cosas de una manera contraria á su conservacion y perfeccion; á la conservacion y perfeccion de su familia y de la sociedad.

Así es que la facultad de testar, reconocida por el derecho civil de todas las naciones cultas, no debe sufrir mas restriccion que la indispensable para conservar y perfeccionar la sociedad, objeto principal por el que el hombre está enlazado con ella, habiendo indicado en parte la aplicacion por sí mismo del derecho natural y sujetado su criterio individual al criterio del legislador.

De ahí la variedad del derecho civil en lo relativo á los testamentos y sucesiones en todas las naciones, y aun en diferentes pueblos de una misma nacion. Admitido por todas el principio, se hallan divergentes en la aplicacion.

De ahí las diferencias entre los fueros de Cataluña, Navarra y Vizcaya, Aragon y Valencia con la legislacion de Castilla.

Aquellos, teniendo por objeto la conservacion y perfeccion de la familia, reconocieron en el padre al legislador casi absoluto de sus bienes, permitiéndole disponer en su última voluntad de las tres cuartas partes de ellos á favor de cualquiera de sus hijos, y aun en favor de estraños á la familia, quedando reservada á los hijos todos legítimos la otra cuarta parte de la que, solo en determinados casos pueden ser privados.

La legislacion de Castilla, atendiendo al indivíduo mas que á la familia, al hijo mas que al padre, limitando el círculo de la autoridad de este, desconfiando de su inteligencia, y sentimientos, le permite disponer solamente del quinto de sus bienes para satisfacer á sus sentimientos religiosos, ó de justa gratitud ó por otro motivo, y del tercio á favor de uno ó mas de sus hijos y descendientes, reser-

vando para los hijos lo restante que forma la mayor parte del patrimonio del testador.

Los fueros mencionados lo fiaron casi todo al cariño previsor, á la inteligencia y justicia del padre, á quien queda libertad bastante, ya para satisfacer exigencias del alma, y afectos del corazon, ya tambien para evitar en lo posible las consecuencias de la desigualdad física, moral ó intelectual de sus hijos: libertad que queda muy reducida, por no decir nula, por las leyes de Castilla.

Sentados estos precedentes, entremos de lleno en la cuestion.

Los derechos y deberes son correlativos y nacen de la diferente condicion del hombre. En el estado ó condicion de familia, lo que es un deber en el padre es un derecho para el hijo, y viceversa.

La condicion de padre le constituye en el deber de conservar y perfeccionar la existencia física, moral é intelectual de sus hijos; y de este deber natural nace el derecho de estos á los alimentos y á la educacion: derecho sancionado por la legislacion foral de una manera conveniente y racional para la época mas importante de la vida, para la época de debilidad y de ignorancia, de sensaciones y sentimientos diversos y encontrados, y duradero hasta que pueda dirigirse por su inteligencia y sentimientos, hasta que pueda bastarse por su fuerza corporal.

¿A qué otra cosa tienen derecho los hijos, además de los alimentos y de la educacion? ¿Pueden aspirar por solo la condicion de hijos á los bienes que libremente heredados, adquiridos y conservados por el padre deja despues de su muerte, impidiéndole disponer de ellos? Por derecho natural, no; porque esto sería negar al padre el derecho de dominio, el derecho que tienen los mismos hijos sobre sus cosas; porque sería perpetuar la desigualdad que la organizacion, ó la falta de educacion ha producido entre los hombres, cuando la aspiracion de la humanidad es hácia la igualdad perfecta; sería conceder á la ciega casualidad lo que negaría á la inteligencia, prevision, cariño y justicia del padre; cuando este en la distribucion de sus bienes no debe prescindir de que todos sus hijos se hallan en distinta condicion y en diferentes necesidades por su edad y constitucion física, por su estado normal, por el desarrollo de su inteligencia, por su posicion y relaciones con la sociedad.

¿Y quién puede apreciar con mas justicia y mejor criterio que el padre los defectos, virtudes, necesidades y demás circunstancias de

sus hijos? ¿Quién mejor que él está en el caso de conocer y querer suplir las consecuencias de semejante desigualdad?

La ley no puede descender á esos pormenores y menos prevenirlos. Por consiguiente la legislacion que menos limite la facultad de testar, es la mas conforme al derecho natural.

Por consiguiente la legislacion foral relativa á esta cuestion, no solo no es contraria al derecho natural, sino que sus prescripciones son mas conformes á él que la legislacion castellana y la proyectada reforma.

Pero se dice con mas sentimiento que verdad «que los padres «abusan ó pueden abusar de semejante derecho; que pueden dar á «un estraño las tres cuartas partes de los bienes con postergacion de los hijos; y que la ley civil debe preverlo é impedirlo.» ¿Y es cierto que en Cataluña, ó en las demás provincias forales hayan abusado ó abusen los padres de semejante facultad? Yo no lo creo, ni lo temo posible.

Sin embargo, el Sr. de Pou lo afirma; dá las razones en que se apoya, razones á mi juicio, insuficientes é insostenibles. ¿Despues de cinco siglos de existencia que cuenta el fuero catalan ¿se conoce algun caso en que el padre sin grandes motivos haya dejado á un estraño las tres cuartas partes de los bienes, y solamente una cuarta á la totalidad de sus hijos? Yo no lo creo; porque á ser así, no habria el Sr. de Pou dejado de hacer valer este argumento, cuando concretando los hechos, el principal fundamento de su discurso es el de que «los padres por lo comun instituyen heredero al hijo primogénito «quedando para todos los demás solo la cuarta parte de los bienes; «de manera que por la ley recibe aquel una porcion igual á los de«más como á hijo; y por el padre las restantes tres cuartas partes «como á heredero.» Y para presentar de mayor bulto la desigualdad que semejante proceder á primera vista introduce entre los hermanos, hace la siguiente deduccion.

«De modo que un padre que tenga ocho hijos y un patrimonio de 100,000 duros de capital, corresponden al heredero 75,000 por di«cho concepto y los restantes 25,000 repartidos entre todos los hijos, «corresponden 3125 á cada uno de ellos. De modo que el heredero «(que es casi siempre el hijo primogénito) se lleva 78,125 duros, «cuando á sus infelices hermanos solo les corresponden 3125.»

Este es el principal argumento y la base de la opinion del señor de Pou, cuya inexactitud paso á probar con datos y documentos.

1.° Que son muy pocos los padres que en las provincias forales dejen al morir un capital líquido de 100,000 duros.

2.° Que es muy raro y escepcional el caso en que le sobrevivan ocho hijos (1).

3.° Que en Cataluña el padre cuando instituye heredero á su hijo primogénito, no le dá, sino que le restituye hasta cierto punto unos bienes cuya conservacion y aumento algunas veces se debe solo á su laboriosidad y economía.

4.° Que no es exacto por punto general que á los segundo-génitos se les deje solo la cuarta parte de los bienes.

No se oculta al Sr. de Pou en su ilustracion que no deben hacerse leyes sino para los casos que con mas frecuencia ocurren, que deben redundar en beneficio de los mas; y que el hacerlas en beneficio de los menos, no debieran llamarse leyes, sino privilegios.

Ahora bien; ¿por qué en corroboracion de sus opiniones aduce el ejemplo del padre que deja á su fallecimiento un capital de cien mil duros y no el de centenares de millares que dejan solo mil, ó menos, ó nada?.....

En efecto, ninguno que recorre las provincias catalanas, y especialmente sus pueblos mas importantes, y fija su atencion en este particular, nadie difícilmente podrá afirmar que el número de los que poseen un capital de 100,000 duros llegue á un cinco por ciento, no de la poblacion, sino ni del total de los contribuyentes: pero si á mas de su esperiencia y observaciones examina la Estadística oficial, se convencerá que su importancia es casi nula, y que sin otras consideraciones no merece la atencion del Legislador. Examinemos, pues ese documento oficial.

¿Cuál es la poblacion de Cataluña, Aragon y Valencia? (2)

¿Cuántos de sus habitantes contribuyen al Tesoro para su propiedad rústica, urbana ó pecuaria?

¿Cuántos por su industria y comercio?

¿Cuántos pagan una contribucion que suponga un capital de cien mil duros? . . . . . .

El siguiente estado responde oficialmente.

---

(1) Y es mas raro todavía en una familia opulenta.

(2) La estadística oficial no comprende á Navarra y provincias Vascongadas; por esta razon no las incluyo en mis cálculos, á pesar de ser provincias forales y ser su legislacion tan parecida á la de Cataluña.

| PROVINCIAS. | Habitantes. | Familias. | TOTAL DE CONTRIBUYENTES POR RIQUEZA | | CONTRIBUYENTES DE 6,000 RS. ARRIBA. | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | Territorial. | Industria y Comercio. | Territoriales. | Industriales y Comerciantes. |
| Barcelona. . . . . | 713,734 | 146,330 | 95,694 | 29,339 | 61 | 47 |
| Gerona. . . . . | 310,970 | 61,708 | 57,072 | 10,679 | 16 | 1 |
| Lérida. . . . . | 306,994 | 60,664 | 53,149 | 6,332 | 3 | » |
| Tarragona. . . . . | 320,593 | 67,894 | 66,431 | 10,433 | 11 | 3 |
| Huesca. . . . . | 257,839 | 49,204 | 46,941 | 7,232 | 23 | » |
| Teruel. . . . . | 238,628 | 57,050 | 59,148 | 7,134 | 20 | 3 |
| Zaragoza. . . . . | 384,176 | 89,477 | 99,500 | 13,344 | 42 | 3 |
| Alicante. . . . . | 378,958 | 91,605 | 82,754 | 11,628 | 28 | » |
| Castellon. . . . . | 260,919 | 62,208 | 90,575 | 7,342 | 4 | » |
| Valencia. . . . . | 606,608 | 138,015 | 169,812 | 18,331 | 26 | 8 |
| TOTALES. . . . . | 3.779,419 | 824,155 | 821,076 | 121,794 | 234 | 65 |

NOTA. Las casillas de habitantes y familias están copiadas del Nomenclator oficial de 1857, pág. 994; y las restantes de la Estadística administrativa de 1855, págs. 81 y 243.

El exámen del estado anterior arroja por resultado total 942,870 contribuyentes propietarios, industriales ó comerciantes, de los cuales solo 299 lo son por cuotas de 6,000 rs. vn. en adelante, que suponen por término medio un capital de 500,000 duros.

La buena fé que guia mi pluma no me permite callar que nuestra estadística administrativa no es tan perfecta ni tan precisa que no deje lugar á duda: creo, pues, que hay contribuyentes que lo son á la vez por propiedad, industria ó comercio; y que si bien no figuran por la cuota espresada, contribuyen, no obstante, por estos conceptos en la misma ó en distintas provincias por cantidades menores, que acumuladas, les constituyen en la categoría de capitalistas de 100,000 duros; y por lo mismo que es mayor su número de lo que parece (1).

Pero téngase presente tambien que si no me hago cargo de ese aumento, porque carezco de datos oficiales, por la misma razon y para compensarlo dejo de rebajar casi todas las cargas que deben deducirse para la regulacion de la legítima, y que tal vez son de mayor importancia que aquel; tales como el capital de los censos y censales con que está gravada la propiedad, el 2 por 100 del derecho de hipotecas, el importe desde el 2 hasta el 10 y mas por 100 en los laudemios, la diferencia de valor de una finca en renta ó en venta, etc., etc.; y que además de esto hay bastantes de esos mismos contribuyentes indubitados que ó no deben legítima, ó no deben regirse por la legislacion catalana (2).

En vista de esto ¿tienen alguna significacion 299 contribuyentes por un capital de 100,000 duros en contraposicion á los intereses de los restantes 942,471 que representan un capital mil veces ma-

---

(1) La estadística oficial no arroja datos bastantes para apreciar su importancia. Uno, sin embargo, ofrece (pág. 82 á 86), que hace mucho á mi objeto, y es el siguiente:

Aglomerando las cuotas de contribucion desde 1,000 rs. arriba, resulta que 53 contribuyentes pagan por sus propiedades el que menos 50,782 rs.; y que ninguno de ellos es catalan.

¡Qué buen ejemplo de la division de la propiedad en Castilla!

(2) Entre los primeros deben contarse los bancos y cajas de crédito, las sociedades industriales y mercantiles, teatros, liceos, circos, célibes, etc.; y entre los segundos los que nacidos y habitantes en Castilla se rigen por las leyes de este país, entre otros puede citarse al Excmo. Sr. Duque de Medinaceli, que contribuye en Barcelona con la cuota de 34,372 rs. vn.

yor y estremadamente dividido, y derechos de una cuantía inapreciables? (1).

¿Dónde están pues los términos hábiles de la comparacion del Sr. de Pou, cuando el mas descollante dista tanto de la exactitud?

De esta misma falta adolece el otro término de aquella, cuando supone una familia de ocho hijos, caso que ocurre con la misma, sino mayor rareza que aquel.

Abranse sino las páginas del último censo (el estado anterior) y comparando el número de habitantes con el de las cédulas ó familias, se verá que, por término medio, constan estas de cinco indivíduos, inclusos los padres: por consiguiente, es mucho conceder si por regla general se fija de tres á cuatro el número de los hijos legítimos.

Son por lo mismo evidentes las dos equivocaciones del Sr. de Pou, al hacer la indicada comparacion y demostrados con datos oficiales mis dos primeros asertos.

Paso pues, al tercero, para cuya purificacion me servirá tambien la estadística oficial y la historia.

**Francisco Castañs.**

## DE LOS INTERESES EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO.

*¿Hay en el dia términos hábiles para una demanda judicial sobre reduccion de intereses en el contrato de préstamo?*

Yo entiendo que sí, aun cuando parezca no avenirse muy bien con semejante dictámen la ley de 14 de marzo de 1856, que autorizó, como es sabido, la libre contratacion en esta materia. Para mí es cosa evidente que estipulándose un interés tan crecido, que esceda en *mucho* ó en *algo* de una mitad sobre el tipo ordinario, sobre el tipo comunmente usado donde esta especulacion se conozca, sobre el tipo económicamente presumible donde no se conozca; para mí, digo, es indudable que habrá lugar en estos casos al recurso ordinario de lesion *enormísima* ó *enorme*, ya para la rescision

del contrato, ya para la reduccion de intereses á su justo límite, segun el prestamista eligiere.

Efectivamente: la abolicion de la tasa, que fué lo único que sábiamente ordenó la ley mencionada, no lleva consigo la supresion de las demás garantías que á dicho contrato son inherentes por su consideracion general de oneroso; en cuyo supuesto, dándose tales acciones en todos los de esa especie, con arreglo á las leyes 2.ª y 3.ª, tít. 1.º, lib. 10 de la Nov. Recop., no encuentro razon alguna para que el contrato de préstamo, mediando interés, deje de subordinarse á las condiciones y requisitos jurídicos que regulan en general la contratacion onerosa.

La abolicion de la tasa, repito, no fué mas que la supresion de una especialidad en el contrato de préstamo: la ley no hizo otra cosa que desencarcelarlo del estrecho círculo en que estaba encerrado, dándole la espansion y la holgura que sin perjuicio de la moral, y sin autorizar el esceso y el fraude, estaba de muy antes demandando la ciencia económica, y que es, á no dudar, el freno mas poderoso contra las demasías de una especulacion insolente, sin rivalidad y sin competencia.

Mas al decretar la ley la abolicion mencionada, dejó subsistentes las garantías comunes del derecho civil; borró, por decirlo así, el círculo mínimo del contrato de préstamo sin tocar al círculo máximo de la contratacion general. ¿Por qué, pues, al pactar intereses, habrémos de pisar esta línea? En el órden legal, en el derecho constituido, no es ciertamente una omnímoda libertad el resultado contrapuesto á la tasa, para que de su estincion se deduzca la absoluta carencia de límite en la estipulacion de intereses. El arrendamiento, la compra-venta, y demás actos de contratacion onerosa, no están sujetos á tasa, y sin embargo no se pacta impunemente el precio indiscreto que constituye las citadas lesiones. Para escluir, pues, de la sancion civil de las mismas al préstamo no gratuito, era preciso que de un modo terminante lo hubiera declarado la ley, no bastando al efecto la sola enunciativa (art. 2.º) de que «podrá pactarse convencionalmente interés en el simple préstamo.» Así se pactan los precios y rentas en los ya citados casos de compras y arriendos, y, á pesar de ello, hay *lesion enorme* y *enormísima* en tales contratos, con las acciones consiguientes para remedio del mal.

En suma: el préstamo á interés quedó, sí, exonerado de su an-

tigua restriccion peculiar; pero no relajadas ó modificadas en concepto alguno las condiciones y garantías comunes de la contratacion onerosa, á la cual corresponde el citado convenio; esas garantías y condiciones le afectarán hoy como á los demás de su clase, y formarán, digámoslo así, su circunscripcion y horizonte legal.

Creo, por lo mismo, que es admisible en el dia, legal y oportuna en su caso, una reclamacion judicial sobre reduccion de intereses en el contrato de préstamo.

**José Arias Brime.**

# DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

*¿Será válido y producirá efectos legales en España el matrimonio civil contraido por dos españoles residentes en Francia, observando las formalidades que allí se exigen para la legitimidad del matrimonio* (1)?

ARTÍCULO 2.°

## Segun el derecho español.

### I.

Examinando esta importantísima cuestion, segun el derecho internacional, hemos descubierto la ley de civilizacion y de progreso que habia hecho prevalecer en los Estados de Europa, á despecho del principio absoluto de su soberanía, el derecho internacional privado, para resolver los conflictos que hacen frecuentes la discordancia de legislaciones, y las relaciones hoy tan contínuas entre unos y otros pueblos, que parece que aspiran á formar uno solo en lo porvenir.

Tócanos hoy estudiar esta misma cuestion bajo el punto de vista puramente español.

(1) Véase la pág. 133 del tomo XV.

No desconocemos, sin embargo, que bien podiamos en rigor prescindir de hacerlo, despues de haber demostrado que el derecho internacional privado de Europa proclama en todas partes la legitimidad del matrimonio civil contraido en Francia por dos estranjeros con completa observancia de las formalidades establecidas en el Código de Napoleon. Porque España, que en la asamblea de las naciones cultas ocupa un lugar distinguido, no ha podido menos de sentir lo mismo que las demás, sus hermanas, la necesidad de buscar una regla universal, un supremo criterio para poner en armonía la discordancia de su derecho con el derecho de otros Estados, ora esta discordancia ocasione la residencia en su territorio de súbditos estranjeros, ora nazca de actos lícitos celebrados en país estraño por sus propios hijos.

Así es, que nos proponemos, al escribir este artículo, no tanto demostrar que no rechaza nuestro derecho lo que la Europa proclama, no tanto allegar nuevas razones que robustezcan la tésis que sustentamos—la legitimidad del matrimonio civil celebrado en Francia por dos españoles—como reivindicar para nuestra pátria la gloria de haber sido la primera entre las naciones de Europa que, en medio de la ignorancia, del estrépito de las armas y del aislamiento en que vivian los indivíduos y los pueblos en la edad media, percibió la direccion á la unidad del espíritu humano, que impele á los pueblos á multiplicar sus relaciones, á fomentar unos mismos intereses, á adoptar unas mismas costumbres, á observar un mismo derecho, á regirse por unos mismos principios, y á vivir una misma vida. Con este motivo tendremos oportuna ocasion de admirar una vez mas la inmortal obra del Rey Sábio.

## II.

El derecho debe ser la justicia.

Esta es una de esas ideas fundamentales que constituyen é iluminan la conciencia de todos los hombres, y que es de desear que á la vez constituyan ó iluminen la conciencia de todos los pueblos.

Eminentemente práctico aquel supremo fin—la justicia—no se ha de realizar estudiando *á priori* la naturaleza humana y construyendo el derecho positivo con arreglo al resultado de esta íntima, antropológica observacion. La inflexibilidad de los principios ajústase mal frecuentemente con las necesidades presentes de la vida

civil; y el saber y la razon de la humanidad, que es la historia, ofrece garantías de acierto, que no siempre se encuentran en las mas sublimes especulaciones de la filosofía. Los hechos, las necesidades sociales, las costumbres y hasta las preocupaciones de los pueblos, señalan al legislador, no menos imperiosamente que los principios puramente racionales, el camino que debe seguir al dictar y al reformar el derecho. Las leyes son impotentes, lo mismo cuando lastiman los primitivos derechos del hombre, que cuando desconocen las grandes necesidades sociales.

El carácter mismo del hombre, eminentemente social, sus múltiples inclinaciones, sus incesantes deseos, su incansable actividad y hasta sus mismas pasiones contínuamente le incitan á establecer nuevas relaciones con otros hombres, ora sean hijos de su propio país, ora estranjeros, ensanchando así de dia en dia la esfera de su actividad y desarrollo. El derecho no puede prescindir de este espíritu ni dejar de seguir este civilizador impulso. De otro modo pesaria con insoportable tiranía sobre los ciudadanos, y sus disposiciones serian primero eludidas y despues destruidas por la gran corriente de las ideas y por la suprema ley de la necesidad.

Nuestra propia historia lo demuestra.

Despues de la gran ruina del imperio romano occidental, dos razas, mejor dicho, dos pueblos ocupaban nuestra Península: el visigodo vencedor y el romano-hispano vencido. La altivez y valor del fiero conquistador le hacia mirar con desprecio al subyugado español, que á su vez, incomparablemente mas civilizado, juzgábase, aunque vencido, superior á sus dominadores. El recelo, el antagonismo, el ódio entre ambos pueblos era natural, y comun el deseo de levantar entre ellos insuperable barrera. De aquí la ley de razas, y el Código de Eurico, ley de los godos, y el Breviario de Aniano, ley de los romanos.

Todo esto, sin embargo, fué inútil. Los dos pueblos vivian dentro de un mismo territorio, y esto bastó para que el espíritu social; que lleva siempre el hombre hácia el hombre, aniquilase sucesivamente todos los obstáculos que á uno de otro separaban. El tiempo se encargó de la obra, y amortiguáronse las antipatías, y estrecháronse las distancias, y comenzaron las relaciones; y aquellas dos razas, tan enemigas y antipáticas, mezclaron y confundieron sus glorias y sus dolores en una misma vida y en una misma historia, formando un solo pueblo, como dice un distinguido publicista, en el

templo, en el foro y en el hogar (1). Los siglos dictaron la ley al legislador. Y los siglos la dictarán, siempre que exista sin satisfacer una gran necesidad social.

## III.

En el primer período de nuestra reconquista pocos serian los estranjeros que vinieran al suelo español, por todas partes afligido y profundamente turbado por el rápido triunfo de las armas árabes. Menos serian todavía los españoles que pasaran el Pirineo conservando vínculos políticos ó civiles con su patria. Los habria, sin duda alguna, que huyendo de los azares y males de la guerra buscaran en estraña tierra seguridad y proteccion para su persona y bienes, ya que ni una ni otra cosa encontraban en la propia. Pero los que así cobardemente abandonaban la madre patria, cuando tenia necesidad del valor y esfuerzo de todos sus hijos, rompian de una vez y para siempre todos los lazos que á ella les unian, y perdian, por este solo hecho, su primitiva nacionalidad. En aquellos tristísimos, pero gloriosos dias, la razon y la historia convienen en que no habia mas españoles que los que con las armas en la mano disputaban el territorio á los soldados del Profeta.

Sin embargo, bastante tiempo despues, cuando nuestras gloriosas monarquías comienzan á engrandecerse y estienden por tierra de moros anchamente sus fronteras, nobles y príncipes estranjeros, sobre todo en el siglo XII, conducidos por el deseo de adquirir gloria y riquezas, ó impelidos por el espíritu religioso y caballeresco, característico de la época, vinieron á nuestro país á tomar parte en la campaña de siete siglos que contra la media luna abrieron tan heróicamente nuestros padres en Covadonga.

A su vez es probable que las mismas condiciones de los tiempos llevaran tambien á los españoles á las naciones estranjeras, ya para intervenir en cuestiones políticas y alianzas diplomáticas, ya para arreglar asuntos de comercio, ya tambien para probar fortuna en empresas guerreras, que ofrecian tanto mayor aliciente á aquellos espíritus aventureros cuanto mas difíciles y estraordinarias parecian.

---

(1) Pacheco.—*De la Monarquía visigoda y de su Código el libro de los jueces ó Fuero Juzgo.*

De este modo, la razon indica que debieron nacer en Europa las comunicaciones entre unos y otros pueblos, y la historia acredita que así efectivamente sucedió.

Estos hechos y este estado de cosas ofrecia desde luego al derecho una interesante cuestion que resolver; á saber, á qué ley deberian arreglarse los actos que verificaban los súbditos de un país en el territorio de otra nacion; cuestion delicada que decidieron con admirable espíritu nuestras leyes de Partida á favor del país en que los actos ocurrian, de la misma manera que habia sido resuelta antes por los grandes jurisconsultos de Roma, de la misma manera que ha sido resuelta despues por la Europa entera.

En el famoso título 1.° de la Partida 1.ª el gran legislador de Castilla esplica en la ley 15 el modo como deben obedecer las leyes y juzgarse por ellas. Allí, despues de consignar el general principio de que los súbditos del legislador están obligados á obedecer las leyes, añade las siguientes importantísimas palabras. «E eso mismo decimos de los otros que fueren de otro señorío, que ficiesen el pleito, ó postura, ó yerro en la tierra do se juzgase por las leyes: ca maguer sean de otro lugar nom puedem ser escusados de estar á mandamiento dellas, pues que el yerro ficiesen onde ellas han poder: *é aunque sean de otro señorío, nom puedem ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorío, en cuya tierra oviesen fecho alguna de estas cosas.*

Así, en el siglo XIII, el sábio Rey D. Alfonso, parece un prodigio, asentaba los fundamentos del derecho internacional privado, que han sido en nuestros dias objeto de tan sérios y concienzudos trabajos; y sobreponiéndose á la ignorancia de su época enseñaba al mundo que los principios eternos de derecho y de justicia no tienen por término las arbitrarias divisiones del territorio; y que lo que es justo y legítimo en el país en que sucede, no puede ser considerado como injusto ni ilegítimo en otras regiones de la tierra donde brille el sol de la civilizacion.

¡Qué diria la historia si nuestros misioneros al llevar á las tribus idólatras la luz del Evangelio, y al esparcir entre ellas la moral purificada en el crisol del cristianismo predicáran ó consintiéran como buena la doctrina de que al convertirse á la fé cristiana dejaban los infieles de ser esposos y padres legítimos, porque su union no habia sido bendecida por la Iglesia! ¡Qué diria la Europa si hoy se diera aquí el espectáculo de considerar á todos los españoles, que

han contraido matrimonio en los países á que la fortuna ó la desgracia los ha llevado, sujetándose á las formas allí establecidas, como esposos ilegítimos, y como ilegítimos se considerarán tambien sus hijos! ¡Qué diria el mundo si se declarara manceba á la española que contrajo matrimonio con un estranjero, que no siendo católico, ó siéndolo no quiso sujetarse á recibir la bendicion eclesiástica, despues de haber contraido el matrimonio civil, en un país en donde esta clase de matrimonio fuera la forma legal del contrato!

Semejante absurdo, tal inmoralidad, tanta ignominia no establece, no la ha podido establecer nuestro derecho. Al contrario, unas veces con su silencio, otras, como en las Partidas, con términos espresos ha proclamado siempre legítimos todos los actos civiles, y por consecuencia el matrimonio tambien, celebrados en el estranjero con arreglo á las leyes allí vigentes.

## IV.

No era posible, atendida su ilustracion, que desconocieran esta doctrina los distinguidos jurisconsultos que intervinieron en la formacion del proyecto del Código civil español, que hoy está sujeto á la censura pública. Y así es que adoptando lo que de hecho venia rigiendo en España, lo que se ha elevado á la categoría de derecho internacional europeo, lo que está en la moral, en la conciencia de todos los hombres justos, en el interés de las familias, del Estado y de la sociedad misma, dijeron en el artículo 80: «El matrimonio contraido en el estranjero, siendo los dos contrayentes ó uno de ellos español, se regirá por las leyes de España, en cuanto á la capacidad é impedimentos dirimentes del español: salvo que si no se hubiese celebrado en presencia del párroco y dos testigos, y los contrayentes vinieren al reino, lo ratifiquen á los dos meses de su venida, debiendo estenderse la correspondiente partida en el libro de matrimonios.»

Y en verdad que al establecer estos principios no rompian los autores del proyecto la historia de nuestro derecho; lejos de eso, no hacian en la primera parte del artículo mas que aplicar al caso del matrimonio lo que para todos los actos de la vida civil habian ordenado en general, como hemos visto, las leyes de Partida. No eran ciertamente innovadores atrevidos, sino escrupulosos conservadores.

Descúbrese esto patentemente al examinar el comentario del se-

ñor García Goyena, referente á este artículo, en donde, lejos de dar razones para cambiar el derecho antiguo, todo lo que dice es lo mismo que nosotros venimos sosteniendo con arreglo al derecho actual, á saber: que la faz de la Iglesia no es en rigor mas que una solemnidad del acto; que el párroco no es mas que un testigo calificado (1); y que las formas y solemnidades de los actos se rigen por las leyes del país en que tuvieron lugar.

No necesitamos encarecer la gran autoridad del distinguido jurisconsulto que acabamos de citar. De él dijo al Gobierno el digno presidente de la comision del Código civil, que su interpretacion y resoluciones podian considerarse como auténticas, por haberse hecho prévia discusion y con aprobacion de la seccion.

Tambien merece elogio la escrupulosa diligencia que, en el artículo que hemos trascrito, puso la comision en separar lo que pertenecia al *estatuto personal* de lo que correspondia al *estatuto formal*. En todo lo que del primero es propio, sujeta al español á la ley de su país. En lo que es propio del segundo á la del país en que se celebra el matrimonio; dando este nuevo tributo á la santidad de los principios, á la conciencia pública, al bien de la familia, á la necesidad social. Segun esto, si un Español contrae matrimonio en Francia, por ejemplo, con una prima suya sin dispensa, aunque el matrimonio en iguales circunstancias seria válido y subsistente entre franceses, porque el parentesco mas allá del grado tercero no es allí obstáculo para la celebracion del contrato (2), sin embargo, siendo, como hemos dicho, uno de los contrayentes español no seria válido, porque en España el impedimento llega hasta el octavo grado, y el que se casa prescindiendo de esta disposicion infringe, en cualquiera punto en que se encuentra, una ley que se refiere á su estatuto personal, es decir, en el caso presente á su capacidad. Empero si el matrimonio se ha de celebrar ante la Iglesia ó ante la autoridad civil, á la ley del país en que el acto tiene lugar es á la que toca decirlo.

Ha venido á sancionar tambien estos principios fundamentales de derecho una disposicion moderna: el Real decreto de 17 de octu-

(1) Las razones en que nos fundamos para sostener estas proposiciones las espondremos con toda estension en el siguiente artículo, cuando tratemos la cuestion bajo el punto de vista del derecho canónico.

(2) Arts. 161 y 162 del Código civil francés.

bre de 1851. Este decreto declara que son válidos y causan ante los tribunales españoles los efectos que proceden en justicia, todos los contratos y demás actos públicos notariados en Francia ó en otro cualquiera país estranjero, siempre que concurran en ellos la circunstancia de que el asunto materia del acto ó contrato sea lícito y permitido por las leyes de España, que los otorgantes tengan aptitud ó capacidad legal para obligarse con arreglo á la ley de su país, *que en el otorgamiento se hayan observado las formas establecidas en el país donde se hayan verificado los actos ó contratos*, y que en el del otorgamiento se conceda igual eficacia y validez á los actos celebrados en territorios de los dominios españoles.

Esta sancion moderna de los principios que sostenemos, esta consagracion nueva de las disposiciones emitidas en las leyes de Partida, este reciente tributo rendido en España á la causa de la civilizacion del género humano, hace insostenible, al menos en nuestro concepto, la opinion que, á primera vista y sin profundizar la materia, pudiera alguno sustentar contraria á la legitimidad en España del matrimonio civil contraido en Francia por dos españoles que tenian allí su residencia. Y debe tomarse en cuenta que las disposiciones que constituyen el mencionado Real decreto fueron adoptadas despues de una detenida deliberacion, en la cual se oyeron á los mas autorizados cuerpos del Estado, entre ellos, al Tribunal Supremo de Justicia y al Consejo Real. De modo, que los principios en él consignados no solo tienen la autoridad legal que les corresponde como parte de nuestro derecho escrito, sino que llevan en sí la gran autoridad científica y moral de que disfrutan los individuos que componen aquellas altísimas corporaciones.

## V.

Acabamos de ver que nuestro antiguo y novísimo derecho dá fuerza legal en España al matrimonio contraido por los españoles en el estranjero, siempre que teniendo capacidad para hacerlo segun la ley de su orígen, se atienen en su celebracion á la del país de su residencia.

Y para terminar nuestra tarea cúmplenos ahora hacer ver que, aun cuando no hubiera declarado espresamente la validez de esta clase de matrimonio, tendriamos sin embargo que convenir en ella y reconocer sus efectos legales.

Hay principios tan cardinales, tan rudimentarios de derecho que las leyes no pueden desconocer; antes siempre en ellas se presuponen. Negar esta verdad, seria arrancar del derecho la moralidad.

Por el contrario, hay doctrinas tan funestas y tan absurdas, que no es necesario que la ley las rechace con claros términos para condenarlas. Negar esta verdad, seria convenir en que el objeto del derecho podria ser en algun caso degradar al hombre, destruir la familia y perturbar el Estado.

Entre estos principios, que es necesario siempre acatar, ninguno quizá es mas interesante, mas fundamental, mas universal, que aquel que proclama que el estado civil de las personas es indivisible. Su olvido implica los mas grandes errores, las mas trastornadoras consecuencias. El que es padre de familia, en Francia, el que es hijo legítimo en Italia, el que es soltero en Bélgica, el que es casado en Inglaterra, como padre de familias debe ser considerado, ó como hijo legítimo, ó como soltero, ó como casado en España y en todo el mundo. Esta es una doctrina general, de derecho natural, de sentido comun. La existencia de un indivíduo que sea á la vez casado y soltero, legítimo é ilegítimo, mayor y menor de edad, es un absurdo incalificable, un imposible moral, una idea que persigue y no alcanza á comprender la mas perspicaz inteligencia.

Ahora bien, sostener que nuestro derecho niega fuerza legal á todo matrimonio celebrado en el estranjero, que no sea contraido ante el párroco y testigos en la forma establecida en el Concilio de Trento, es injuriar á nuestro país, suponiendo que nuestras leyes sancionan el conjunto de despropósitos jurídicos que acabamos de censurar.

Y no se crean exajeradas nuestras palabras, porque, sin remontarnos á teorías, concretándonos solo al terreno de la práctica, tenemos en nuestra mano el hacer ver á los que tal pensáran, que desde el momento en que semejante idea prevalezca, la familia se destruye, la poligamia empieza, la moralidad concluye y el Estado se aniquila.

En efecto: hemos visto que, segun el Código francés, el matrimonio civil contraido por dos españoles en Francia es allí válido y legítimo: legítima llama la ley francesa á la esposa, y legítimos á los hijos. Ahora bien, ¿el derecho español rechaza este matrimonio? Pues entonces aquellos contrayentes pueden venir á España y ca-

sarse con quienes mejor les plazca, segun la forma de la ley española. Y, si semejante doctrina no fuera condenada por todos los pueblos cultos, sucesivamente recorriendo países la mujer podría tener tantos maridos legítimos, y el marido tantas mujeres legítimas, y los dos tantas clases de hijos legítimos ó ilegítimos cuantas fueran las naciones que visitasen, toda vez que en todas podrian casarse segun la forma de sus leyes, pues no reconocerian estas la eficacia de los anteriores enlaces, en la hipótesis que dejamos establecida.

A tales absurdos conduce derechamente el no reconocer que lo que es legítimo en el país en que sucede es legítimo en todas partes. A tan trastornadores y disolventes resultados lleva el negar la indivisibilidad del estado civil de las personas. Tanta inmoralidad y vergüenza podria caer sobre nuestro derecho si rechazára, tratándose de la forma de la celebracion del matrimonio, el principio adoptado por toda Europa: *locus regit actum*.

Afortunadamente dejamos demostrado que tanto las leyes de Partida, como nuestro derecho moderno establecen lo contrario. El Africa no comienza en los Pirineos.

**Alejandro Groizard.**

## DE LOS INSTRUMENTOS OTORGADOS ANTE LOS CÓNSULES.

*¿Que valor y fé deben tener en España los instrumentos otorgados por súbditos estranjeros ante los cónsules españoles?*

Está generalmente admitida como regla de derecho internacional que los cónsules y demás ajentes comerciales tienen fé pública para autorizar contratos, testamentos y toda clase de instrumentos públicos que hayan de producir efecto en la nacion á que aquellos pertenecen; pero algunos limitan esta facultad á los actos otorgados por súbditos de la misma nacion, y en este sentido parece hallarse redactado el art. 2.° de la Real órden de 8 de mayo de 1827, segun el cual «ningun cónsul ni vice-cónsul estranjero será interrumpido por las autoridades locales en recibir y legalizar protestas de averías,

ni en otras funciones estrajudiciales anejas á su empleo que desempeñen *con súbditos de su nacion.*»

Por el principio de reciprocidad á esto deberian limitarse tambien los cónsules españoles en el estranjero, respecto del punto de que tratamos. Sin embargo, en el art. 22 del Real decreto de 29 de setiembre de 1848, se dispuso lo siguiente: «Los cancilleres de los consulados, mientras lo son, se reputan notarios con fé pública en lo judicial y escriturario dentro del distrito de aquellos. Los documentos que autorizaren harán fé en juicio y fuera de él en la demarcacion del consulado, y legalizados por el cónsul, en todo el reino.»

No obstante lo genérico de esta disposicion que se refiere á toda clase de documentos, sin distinguir si han sido otorgados por naturales ó estranjeros, algunos letrados han creido que debia entenderse con la limitacion antes indicada de que los documentos sean otorgados por súbditos españoles. Esto ha dado lugar á varias reclamaciones, siendo una de ellas la que en 1857 elevó al Ministerio de Estado el Cónsul de España en Burdeos por haberse negado los Abogados de Zaragoza á bastantear un poder que ante él habia otorgado un súbdito francés. Con el fin de adoptar una disposicion general relativa á este asunto, se pidió informe al Tribunal Supremo de Justicia; y pasado el espediente al Ministerio fiscal, éste, con fecha 4 de diciembre de dicho año de 1857, emitió el siguiente dictámen, para cuya publicacion estamos autorizados.

«El Fiscal dice: Que con Real órden de 9 del mes próximo pasado, se remitió á consulta de este Tribunal la comunicacion que el Ministerio de Estado dirigió al de Gracia y Justicia con fecha de 29 del mes anterior, encareciendo la necesidad de que se adopte una disposicion general relativa á la fé que deban merecer los instrumentos otorgados por súbditos estranjeros ante los cónsules españoles.

Motivó dicha comunicacion la que, en 17 del mes últimamente citado, elevó el cónsul de S. M. en Burdeos al Ministerio de Estado, en que manifestaba que cuando se hizo cargo del consulado tuvo ocasion de enterarse de que por práctica de antiguo observada, los vecinos de Burdeos y de su distrito otorgaban poderes ante los cónsules españoles, para que produjeran su efecto en nuestros tribunales, tanto de la Península como de Ultramar. Que siguiendo esta jurisprudencia contra la cual nunca ni en ningun caso se ofreciera la menor dificultad

autorizó escrituras de la espresada clase para ser presentadas en Palencia, Bilbao, Pamplona, Tolosa, Habana, Santiago de Cuba y Guayamo, y que en marzo y julio últimos Mr. Juan Bautista Domadieu de aquel comercio, otorgó poderes ante el mismo con objeto de promover ciertas reclamaciones ante los juzgados de Bilbao, Pamplona y Zaragoza, los cuales, aunque admitidos en los dos primeros puntos, no fueron aceptados por los abogados del último, quienes se negaron á bastantearlos por ser estranjero el interesado.

Considera dicho cónsul errónea semejante doctrina, puesto que se halla en contradiccion abierta con la práctica observada en los tribunales de España y Ultramar de que tiene conocimiento, á tenor de los antecedentes indicados, y reclama que se dé la oportuna disposicion para evitar desacuerdos de esta especie, si se juzgase conveniente; llamando á la vez la atencion de la superioridad hácia otro concepto, erróneo asimismo, que sientan los abogados de Zaragoza, reducido á que los cónsules españoles tampoco pueden autorizar poderes otorgados por súbditos de nuestra nacion cuando los notarios ó escribanos del país en que residen entienden nuestro idioma.

El Ministerio de Estado al acompañar esta esposicion, no solamente significa su conformidad con lo manifestado en ella, sino que la apoya, añadiendo que en su concepto se incurriria en la contradiccion mas manifiesta, si se aceptase la fé pública de los cónsules para legalizar los documentos otorgados en el país de su residencia, y se les negase para autorizarlos por sí mismo.

Estos precedentes fijan con toda lucidez los términos de la cuestion que determina la consulta, y una vez conocidos, bastará en sentir del Fiscal, una breve reseña de las disposiciones legales referentes á la materia para concluir con sencillas deducciones, que el dictámen de los abogados de Zaragoza, que con sobrada razon combate el cónsul de Burdeos, está destituido de todo fundamento, así en el órden legal como en el de la conveniencia pública.

En 1836 algunos abogados de Barcelona devolvieron á varios particulares de Marsella poderes otorgados ante la cancillería del consulado español de dicha última ciudad, bajo el concepto de que no hacian fé en nuestros tribunales. Dada sin duda la oportuna queja, se comunicó al Regente de aquella Audiencia una Real órden, su fecha de 29 de diciembre del mismo año, en que se prescribió que en Cataluña fuesen aceptados con arreglo á las disposi-

ciones vigentes, los poderes y demás instrumentos públicos que se otorgasen ante los cónsules de la nacion en el estranjero, cortándose perjuicios á los interesados.

Tambien debe citarse con el mismo propósito que la Real órden anterior, la de la Regencia del reino de 9 de junio de 1842, por la que se manda á los tribunales que no admitan documentos procedentes del estranjero, que no estén autorizados ó legalizados por los cónsules ó ajentes consulares de S. M., acreditados en el país de que aquellos procedieren.

Tampoco debe olvidarse en la presente investigacion una de las disposiciones que contiene el Real decreto de 29 de setiembre de 1848 dado, segun se lee en su preámbulo, con el objeto de adoptar las medidas necesarias referentes al órden judicial de los consulados de España en los países estranjeros, y en especial en los puntos de Levante y costas de Berbería. En su artículo 22 se dá á los cancilleres de los consulados la fé pública, así para lo judicial como para lo escriturario, teniendo validez los documentos que autorizan en todo el reino, si fueren legalizados por los cónsules respectivos.

La Ley de Enjuiciamiento civil en su art. 282 determina de otra parte, que los instrumentos otorgados en el estranjero tendrán validez ante nuestros tribunales cuando reunan los requisitos prevenidos en el país de que proceden, ó los que requieren las leyes españolas para su autenticidad; precepto que, lejos de oponerse á la práctica recordada y á las Reales órdenes anteriores, las comprende sin la menor duda en su íntimo pensamiento.

Por último, los Reales decretos de 17 de octubre de 1851 y de 17 de noviembre de 1852 que puntualizan los indicados requisitos, no hacen mérito especial de la calidad de las personas autorizantes, de modo que así pueden referirse á los notarios ó funcionarios que tienen fé pública en el estranjero como á nuestros cónsules.

De esta tan breve como sucinta reseña se desprende un principio, que nunca debe perderse en las cuestiones de derecho internacional privado que se rozan con las facultades de nuestros ajentes consulares en el estranjero. Este principio es, que los cónsules, vice-cónsules españoles, y hasta los cancilleres en su caso, son considerados como notarios públicos, y que en consecuencia los actos que ante ellos pasan sin distincion de personas respecto de los otorgantes, deben ser aceptados por nuestros tribunales, como por lo general lo han sido siempre, segun con sobrada razon lo aduce el

cónsul de S. M. en Burdeos en su comunicacion de 29 de octubre último.

Y á este principio acompaña una consideracion, que no es de poco peso, pero referente á las casas consulares, las cuales por el hecho de tener en ellas sus moradas y oficinas los representantes de nuestra nacion en el estranjero se reputan como parte de ella, especialmente respecto de los actos que en las mismas tienen lugar.

Si fuera necesario aducir ejemplos de las aserciones del cónsul de Burdeos, que deben mirarse como una deduccion legítima de la regla que acaba de asentarse; muchos en verdad se pudieran citar; pues es cosa sabida, que, tanto ahora como antes, se han admitido gestiones en los tribunales en virtud de representacion fundada en escrituras de poder, autorizadas en el estranjero por funcionarios de aquella clase; y si la legislacion moderna no rechaza dicha autorizacion, antes bien tiende con continuos esfuerzos á dilatar su esfera; si procura constantemente estrechar las relaciones de familia entre las naciones civilizadas é independientes; si así conviene al interés de todos los países y de cada uno de ellos, inconveniente fuera, y aun ilegal si cabe, retirar á nuestros cónsules una facultad reconocida por inconcusa práctica y fundada en declaraciones terminantes.

Es, sin embargo, muy digno de observarse al tratar de esta cuestion, que entre España y algunas naciones estas reglas internacionales se han llevado á la perfeccion por medio de tratados consulares; mas á pesar de esto, no porque así se haya estipulado parcialmente, se deduce que la regla general que emana de aquel principio haya caducado, puesto que en todos casos es indudable la validez de los instrumentos otorgados ante los cónsules españoles en el estranjero, sin consideracion alguna á las facultades que adornan á los cónsules estranjeros en nuestro país.

Dicha regla general viene observándose en España sin depender de los convenios consulares, toda vez que es anterior á estos, y no nació de sus estipulaciones. Estos convenios la perfeccionan, la ratifican y estienden sus beneficios á las naciones que los celebran; pero no ejercen influencia alguna respecto á aquellos países que todavía no los han ajustado con España; y en tanto es así, en cuanto las reglas y preceptos que comprenden el derecho de gentes, puesto que se dirigen á la prosperidad y bienestar del mundo civilizado, son de favorable interpretacion; de modo que la con-

quista que hace en un punto, muy presto se comunica á otros y se generaliza; las ventajas que consiguen dos naciones, pronto las reclaman las demás.

Entre otros convenios de que tiene conocimiento el Fiscal, citará á propósito el ajustado entre España y Cerdeña en 3 de abril del año último, en el cual y en su art. 6.º se dispone que los cónsules generales, cónsules, vice-cónsules de ambas naciones tienen el derecho de recibir en sus cancillerías, en el domicilio de las partes y á bordo de los buques de su país las declaraciones que los capitanes tripulantes, pasajeros, negociantes y cualesquiera otros súbditos quieran hacer, inclusos los testamentos y últimas voluntades y todos los demás actos notariados, sin esceptuar los que llevan por objeto establecer hipotecas: que tambien tienen el derecho de recibir en sus cancillerías todos los actos convencionados entre uno ó mas de sus compatriotas y otras personas del país en que residen; así como todos los actos convencionados relativos esclusivamente á los ciudadanos del país de su residencia, con tal que se refieran á bienes situados ó á negocios que deben tratarse en el territorio de la nacion á que pertenezca el cónsul ó ajente, ante el cual se celebren.

A este grado de perfeccion deberá llegarse antes de mucho tiempo, respecto de otras naciones con las cuales se están fijando las bases para iguales tratados, cuyo efecto será que se hagan estensivas á los ajentes consulares de los respectivos países las facultades y preeminencias de que están revestidos los nuestros, por virtud de la jurisprudencia y disposiciones al principio indicadas.

En todo caso no puede suscitarse para nosotros dificultad de ningun género, porque se trata del efecto que deben producir en España tales documentos, acerca de lo cual, si rigurosamente se considera, ninguna combinacion con reglas y leyes estrañas se necesita, mucho mas cuando el principio absoluto de reciprocidad que establecian los decretos de 17 de octubre de 1851 y de 17 de noviembre de 1852, no lo reproduce esplícitamente la ley vigente de Enjuiciamiento, que previene tan solo, como queda dicho, que los instrumentos procedentes de países estranjeros tengan las formas en ellos establecidas y los requisitos que para su autenticidad requieran las leyes españolas.

El Fiscal cree suficiente lo espuesto para concluir que, si los instrumentos á que se refiere la consulta pendiente, proceden de

algun país con el cual se hayan celebrado convenios consulares ú otros de su especie, deberán hacer fe en España, segun lo convenido en estos: en tales casos deberá estarse á lo estipulado en los tratados. Que los procedentes de los demás países por el hecho de ser autorizados ó legalizados por nuestros cónsules, tambien han de ser admitidos como válidos, en virtud del principio, práctica y disposiciones de que se ha hecho mérito; y que convendrá hacerlo entender así á quien corresponda, para evitar quejas de los ajentes consulares y perjuicios á los interesados.

En este concepto, entiende el que suscribe podrá evacuarse el informe reclamado por la Real órden citada anteriormente, ó de aquel otro modo que al Tribunal pareciere mejor.»

Si no estamos mal informados, el Tribunal Supremo de Justicia evacuó su informe en los términos propuestos por el Ministerio fiscal. No tenemos noticia de que el Gobierno haya publicado resolucion alguna sobre este asunto; pero en vista de las razones y fundamentos legales en que se apoya el luminoso dictámen fiscal, que precede, y de la autoridad que le dá la conformidad del Tribunal, es de esperar que, luego que sea conocido, se fije la jurisprudencia en el sentido que en el mismo se espresa.

**Los Directores de la Revista.**

# ENJUICIAMIENTO CIVIL.

## DEL JUICIO EJECUTIVO.

### CONSULTA.

*¿En los juicios ejecutivos, viene obligado el reo ejecutado á enumerar los hechos y fundamentos de derecho en el escrito en que alegue sus escepciones?*

Comenzamos por indicar que abrigamos la conviccion de que la Ley de Enjuiciamiento civil no impone semejante obligacion. Se ofrece, sin embargo, esta cuestion en un caso práctico; y nos parece conveniente ocuparnos en el análisis de los preceptos de dicha ley relativos á este particular, como medio de fijar nuestras ideas, tratándose, como se trata, de un punto de procedimiento que desde luego reconocemos puede sustentarse con copia de razones por uno y otro lado.

Preciso nos es reconocer ante todo que, en general, la Ley de enjuiciar que nos rige ha dado un paso muy avanzado en pro de la lealtad y franqueza en los debates del foro, cuando ha establecido al tratar de las demandas ordinarias, la indeclinable obligacion de numerar los hechos y fundamentos de derecho que vienen á formar la base de las acciones. Con semejante precepto se evitan las divagaciones, se metodiza el juicio, se auxilia grandemente al juzgador, y se cierra por otra parte le puerta á toda táctica insidiosa.

Y esta es la razon en que muy bien puede apoyarse la opinion que se pronuncia por la obligacion en que el reo ejecutado está de enumerar los hechos y fundamentos de derecho, en su escrito de escepciones, auxiliada de otro lado por el silencio de la ley sobre este punto.

Reconocemos verdaderamente que todo esto tiene mucha fuerza; pero nos parece que la tienen mucho mayor las razones que de contrario pueden alegarse en apoyo de la opinion que arriba dejamos indicada. Directamente contribuye á nuestro intento no perder de vista la índole y naturaleza del juicio ejecutivo. En él, con efecto, no se trata de hacer declaracion alguna, sino de asegurar la in-

mediata realizacion de lo que ya se tiene por suficientemente discutido y declarado en virtud de una escritura pública ó de una confesion judicial; y de aquí, las variantes del modo de actuar en esta clase de juicios, relativamente al juicio civil ordinario, y la necesidad de estar á la letra de la Ley en cuanto concierne á las formas del procedimiento.

Una de esas variantes en que debemos fijarnos precisamente, porque es de donde tomamos el fundamento para asentar que el reo ejecutado no viene obligado á la numeracion en un escrito de escepciones, es la que mira respecto á la forma de demandar y contestar. En el título del juicio ordinario se leen dos artículos espresos, son los 224 y 253, que previenen de una manera terminante que la demanda y contestacion respectivamente se formulen esponiendo sucintamente y numerando los hechos y fundamentos de derecho.

¿Es acaso lo mismo lo que en las ejecuciones tiene dispuesto la Ley de enjuiciar? Bajo ningun concepto. Existe si un artículo, el 945, que prescribe que la demanda ejecutiva se formule en los términos prevenidos para la ordinaria; pero cuando se dispone acerca de la oposicion y alegato del ejecutado, la ley guarda un profundo silencio, que si bien antes hemos reconocido que puede favorecer á una con la razon general de la ley, la opinion que ha llevado á la resolucion práctica del caso, en contrario á la opinion que sostenemos, favorece mucho mas á la resolucion negativa de la pregunta sobre la que nos hallamos escribiendo. Ello es cierto que la ley fué en estremo esplícita al circunscribir las formas de la demanda y de la contestacion en los juicios ordinarios: tambien es verdad, que igual solicitud de espresion se halla al ocuparse de las demandas en las ejecuciones: luego es claro, á nuestro entender y como consecuencia indeclinable de semejantes espresas prescripciones, que cuando ha callado al hablar de la contestacion en esta clase de procedimiento, ó sea del escrito de escepciones, su silencio no puede ni debe suponerse casual, ni suplirse por una interpretacion, que muy bien se confundiría con una aclaracion de la ley, atribuyéndose así al poder judicial facultades que, propia y legalmente hablando, son y corresponden al mismo legislador. Ese silencio no es inmotivado, ni puede atribuirse á descuido del autor de la Ley de Enjuiciamiento, que en la materia de que nos vamos ocupando ha sido estremadamente exacto al señalar

las formas del procedimiento. Ese silencio es para nosotros un precepto mudo del legislador, que ha querido, callando, dejar al libre arbitrio de todo ejecutado la facultad de numerar ó la de alegar sus escepciones á la antigua usanza.

Creemos ver para esto muchas razones: 1.ª que, no dándose en las ejecuciones discusion propiamente dicha, falta el motivo determinante para precisar las formas de enjuiciar á la misma idéntica marcha del juicio ordinario: 2.ª que, siendo el procedimiento en las ejecuciones de todo punto singular en su comienzo y sucesivo tracto, las formas adoptadas deben ser usadas y guardadas así como las ha prescrito la ley y no de otra manera; puesto que estas formas son una escepcion de las del juicio ordinario: 3.ª que, acortado grandemente el término de la alegacion por parte del reo ejecutado, y reducido todo á un simple escrito por cada parte, no cabe enmienda de un error padecido en los hechos, como lo hay en los juicios ordinarios con el otorgamiento de las réplicas, de las dúplicas, y de los escritos de ampliacion; y como pudiera suceder con la mayor facilidad que ese error se diera por parte del ejecutado, viniendo así á padecer un detrimento la verdad, que es el blanco de todo procedimiento, de aquí la necesidad de que quede al libre arbitrio de aquel, sobre el cual pesa la demanda ejecutiva, el numerar ó no los hechos que basan la escepcion.

Con esta potestad se concilia todo, pues que á la vez que el ejecutado no viene espuesto á ser víctima de la ejecucion, que el que la incoa ha tenido un tiempo ilimitado para preparar, no deja de verse suplido en esta ocasion por la ley misma el justo homenaje á la franqueza del procedimiento, en la determinacion que hace de las únicas escepciones admisibles, y en la facultad de ordenar las pruebas que atribuye al Juez.

Por lo espuesto, pues, se vé que así como el procedimiento civil ordinario ha sufrido enmienda en demandas y respuestas y tambien el procedimiento ejecutivo con relacion á las demandas, no se ha introducido variante alguna relativamente á la forma de la contestacion del ejecutado, que por lo mismo le vemos con la libre facultad de numerar ó no su alegato de escepciones, segun los casos y circunstancias, y la conveniencia de su derecho.—MANUEL BRUALLA.

*Contestacion.*

Respetamos la opinion del Sr. Brualla en la cuestion que propo

ne; pero no podemos dejar de manifestar con franqueza que profesamos otra muy distinta.

La locucion de la nueva Ley de Enjuiciamento civil es, por punto general, clara y precisa, de modo que está al alcance de todas las inteligencias; y aunque no puede negarse que, en algunas ocasiones, ofrece motivo á dudas con su silencio, en medio de esa oscuridad, no es difícil conócer su espíritu, estudiando su objeto y sus tendencias en la totalidad de sus disposiciones.

Fijándonos en los artículos que tienen relacion con la pregunta, observamos, con efecto, que la Ley, al dictar reglas para la tramitacion del juicio ejecutivo, guarda silencio acerca de un punto que pudo tener presente el legislador, porque precisamente conduce á su sistema de reforma. Despues de establecer los trámites del juicio en la parte que concierne al actor ejecutante, y previendo el caso de oposicion del ejecutado, dispone en el artículo 962, que se entreguen los autos á su procurador por término de cuatro dias para que dentro de ellos alegue sus escepciones; y pasando á declarar cuáles deben ser estas, como únicas admisibles, nada prescribe respecto de los requisitos que ha de contener el escrito de oposicion. De aquí nace la duda de si el ejecutado tendrá obligacion, al formularla, de numerar los hechos que refiere y los fundamentos del derecho que alega en su favor.

Aunque la Ley no fija estos requisitos para la oposicion del ejecutado, es preciso suponer que exige todos aquellos que sean necesarios para la claridad y buen órden del juicio, como los tiene prevenidos terminantemente respecto de otros escritos de igual naturaleza. En el art. 224, al tratar del juicio ordinario, determina las formalidades que deben observarse en la redaccion de la demanda; y despues en el 226, preceptúa que los Jueces repelan de oficio todas las que no se hubiesen acomodado á las reglas prescritas. Estas disposiciones tienen por objeto establecer la sencillez y claridad en las peticiones de los litigantes, de modo que se conozca perfectamente la persona del demandante y la del demandado, el Juez ante quien se pide, la cosa que se reclama, el derecho que se ejercita, y los hechos de que este se deriva. Y como todos estos puntos son comunes á ambos litigantes, porque uno y otro deducen sus pretensiones para conseguir el fin que respectivamente se proponen; no podia la Ley dejar de estender su precepto al demandado, cuyo derecho interesa conocer del mismo modo. Así es que, ocupándose

de la constestacion en el art. 253, dispone que se formule en los mismos términos prevenidos para la demanda. Mas todavía, siendo consecuente en sus prescripciones, comprende tambien en ellas la demanda ejecutiva, mandando en el art. 945, que se observen las mismas solemnidades en su redaccion.

Ahora bien; si el espíritu que domina en todos estos preceptos es, como se comprende, regularizar y simplificar las peticiones de las personas que litigan, ya demandando, ó ya defendiéndose, ¿qué razon hay para desconocer ese mismo objeto, ese mismo interés, cuando se trata del demandado en el juicio ejecutivo? Ciertamente que la Ley ha guardado silencio al ocuparse de su oposicion relativamente á los requitos que debe contener; pero de este silencio no puede deducirse que no los exige, porque equivaldria á permitir la confusion y el desórden que se oponen á las buenas prácticas. La Ley ha prescindido de las formalidades que deben observarse en la oposicion del ejecutado; pero esto nunca puede autorizar para creer que permite un escrito desreglado, sin designacion de las personas que intervienen en el juicio, sin espresion de lo que se pide, y sin concierto en los razonamientos, que son requisitos de que ninguna ley ha dispensado jamás. Si, pues, estas solemnidades han sido siempre obligatorias y se consideran tambien ahora, á pesar del silencio de la nueva Ley, no puede aprovechar este mismo silencio para suponer que el demandado en el juicio ejecutivo está fuera de la regla general establecida en cuanto á la esposicion y numeracion de los hechos y fundamentos de derecho, que es un principio adoptado por la Ley misma.

En nuestro concepto, sea cual fuere la naturaleza del juicio, es obligatorio, tanto al demandante como al demandado, esponer con claridad y numerar además los hechos y los fundamentos de derecho en todos los escritos que afectan á la esencia del negocio, como son: la demanda, contestacion, réplica, dúplica y alegatos, sin escluir, por consiguiente, el escrito de oposicion en el juicio ejecutivo. Este sistema tan recomendado por los resultados que ha producido en los tribunales administrativos, facilita la resolucion de los pleitos, dando á los Jueces antecedentes bien ordenados para pronunciar sus fallos con acierto.

**Hermenegildo María Ruiz.**

# DEL NOMBRAMIENTO DE CURADOR.

## CONSULTA.

*Los españoles menores de edad, residentes en territorio estranjero, en Méjico, por ejemplo, ¿pueden nombrar curador, con arreglo á los arts. 1237 y 1238 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para que los represente en los juicios voluntarios de testamentaría que se verifiquen en la Península, ó quedan sujetos á lo que disponen los artículos 416, 417 y 418 de la misma ley?*

Creemos fuera de toda duda que los españoles, menores de edad, residentes en territorios estranjeros pueden nombrar curador con arreglo á los arts. 1237 y 1238 de la Ley de Enjuiciamiento civil; pues mientras no pierdan su nacionalidad están sujetos á las leyes que rigen en España, en cuanto se refiera á su estado y capacidad. De aquí, que están obligados á hacer el nombramiento de curadores, si bien, en cuanto á la forma, habrán de atenerse á lo dispuesto en los tratados de relaciones judiciales con la nacion en donde los menores tengan su domicilio, ante cuya autoridad judicial deberán hacer nombramiento y remitir las diligencias, para mayor autenticidad, al Juez que conozca del juicio voluntario de testamentaría, conforme á lo dispuesto en el art. 34 del Real decreto de 17 de noviembre de 1852 sobre Estranjería. No veo, pues, contradiccion entre los artículos de que llevo hecho mérito, y los de la misma ley 416, 417 y 418; y por consiguiente creo que unos y otros pueden aplicarse en sus respectivos casos.

Tal es mi dictámen, y desearia sirviese de motivo para que VV. ocupen las páginas de la Revista esponiendo el ilustrado de sus autorizados Directores.—B. D. R.

### *Contestacion.*

Estamos conformes con el bien pensado dictámen que antecede, en su parte sustancial. Solo nos separamos de él en un punto, y á la verdad el menos importante. El art. 34 del Real decreto de 1852 sobre estranjería, se refiere á los exhortos de los jueces estranjeros,

no á las diligencias que como actos de jurisdiccion voluntaria se practican ante ellos y que se entregan á las partes, ya originales, ya en compulsa, ya en otra forma. Estos documentos se legalizan en la forma que las leyes previenen, por regla general, respecto á los documentos estranjeros, y así hacen fé en juicio.

**Los Directores de la Revista.**

---

## DEL JUICIO VOLUNTARIO DE TESTAMENTARÍA.

### CONSULTA.

El art. 414 de la Ley de Enjuiciamiento civil ordena, que para promover el juicio voluntario de testamentaría, se presente la partida de defuncion de la persona de cuya sucesion se trate y el testamento del difunto.

El art. 351 dispone que el juicio de ab-intestato no pueda prevenirse sino en el caso de que no conste la existencia de disposicion testamentaria y el finado carezca de descendientes, ascendientes, ó colaterales dentro del 4.° grado.

El art. 376 previene, que terminados los pleitos cuyo objeto es declarar quiénes son los herederos, se arregle la tramitacion á lo establecido para el juicio de testamentaría.

*En vista de estas disposiciones legales se pregunta. ¿Muerto intestado un sugeto sin dejar descendientes, pero sí ascendientes, podrá la viuda acudir á los tribunales pidiendo la formacion del juicio voluntario de testamentaría con objeto de resolver las cuestiones que produce naturalmente la disolucion de la sociedad conyugal? En caso negativo, ¿qué clase de juicio deberá provocarse?*

El que suscribe es de opinion, que no pudiendo tener cabida el juicio de ab-intestato, toda vez que la ley lo escluye cuando existen ascendientes, descendientes ó colaterales dentro del 4.° grado, porque supone que en este caso se ha llegado desde luego sin necesidad de controversia al estado que marca el art. 376, ó sea el de ser conocidos los legítimos herederos, debia entablarse el juicio volun-

tario de testamentaría, acomodándose á la tramitacion marcada para el mismo; pero habiéndose en la práctica contradicho esta opinion, negándose la pretensión aducida, sin otro fundamento que la de no presentarse el testamento del difunto, como dispone el artículo 414 de la ley, acude á ustedes rogándoles que con su superior ilustracion se sirvan ocuparse de esta cuestion en su apreciable periódico; pues siendo muy frecuente en la práctica, conviene quede dilucidada hasta el punto que sea posible.—J. Lopez Somalo.

*Contestacion.*

Aceptamos como nuestro el dictámen que precede, si bien haciendo una modificacion, no en el fondo, sino en alguna de las frases que contiene, y aun creemos que en ello estará conforme el consultante. Esta modificacion se reduce á que en lugar de considerar que en el caso propuesto en que el finado tenia ascendiente hay lugar al juicio voluntario de testamentaría, creemos que hay un juicio ab-intestato si bien adoptando las formas y los trámites establecidos en el juicio de testamentaría, por haber herederos conocidos. Así lo deducimos del artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando dice tratando del juicio ab-intestato que *declarados quienes son los herederos, se acomodará el juicio á los trámites establecidos para el de testamentaría.* No sirve citar contra esta nomenclatura el art. 351 de la misma ley, porque este no dice que no haya juicio ab-intestato, cuando existan descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, sino que se limita á decir que el juez no pueda prevenirlo. El fin de la ley en este artículo fué evitar que se convirtieran de oficio en judiciales los ab-intestatos que, por haber herederos conocidos, no debian diferenciarse de los casos en que el finado habia dejado testamento; recordaba antiguos abusos y queria corregirlos. Por lo demás, escusado es indicar que cuando los descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado no aceptan la herencia, entonces la autoridad judicial no podrá escusarse de prevenir el ab-intestato.

**Los Directores de la Revista.**

# PROCEDIMIENTO CRIMINAL.

## CONSULTA.

*¿Há lugar á la prision del que fingiéndose dueño de una cosa la enajena, arrienda, grava ó empeña; delito que tiene señalada en el Código una pena pecuniaria en toda su estension?* (*art.* 455.)

*Contestacion.*

No dudamos responder negativamente. Para ello nos fundamos:

1.° En que la privacion de la libertad de los procesados, que no es nunca una pena segun terminantemente lo reconoce el art. 22 del Código, no puede tampoco tener efecto sino en aquellos casos en que esta medida es conveniente á la administracion de justicia, con arreglo á las disposiciones legales, para que no quede eludido por la fuga el cumplimiento de la sentencia.

2.° Porque aun cuando el delito sea calificado con el nombre de estafa y no con el de engaño, diferente de la estafa propiamente dicha, títulos ambos que usa en el Código el epígrafe de la seccion 2.ª, cap. 4.°, tít. 14; lib. 2.° en que está comprendido, la escepcion que establece el art. 5.° del Real decreto de 30 de setiembre de 1853, no puede sin embargo ser aplicable á este caso, pues lo contrario seria sacrificar á su letra el espíritu de esa misma disposicion legal, que tiende marcadamente á reducir los autos de prision prodigados antes sin conveniencia alguna pública y sin necesidad suficiente; significacion que claramente revela la esposicion de motivos que precede á dicho Real decreto.

3.° Porque en tales casos no hay que asegurar el cumplimiento de penas personales, sino el embargo de bienes bastantes.

4.° Porque es anómalo y absurdo, que lo que no puede hacerse nunca en virtud de sentencia ejecutoria, como es en este caso el privar de su libertad al procesado, tenga efecto durante la sustanciacion de la causa sin motivo ni razon que lo justifique. Esto que parece podria ser aplicable á otros casos, como por ejemplo al reo menor de 18 años que comete un hurto por valor que no llega á cinco duros, porque entonces la pena es de multa, no lo es, sin em-

bargo, puesto que en tal caso, á diferencia del propuesto, la pena señalada al delito es personal, y hasta la sentencia definitiva no se aprecian las circunstancias que hacen rebajarla uno ó mas grados.

5.° Porque el acordar la prision del reo seria «*opuesto á la razon, depresivo de los derechos de seguridad individual y altamente pernicioso por sus consecuencias,*» palabras que se usan en el preámbulo del Real decreto de 30 de setiembre de 1853 para motivar sus disposiciones en el sentido de restringir los autos de prision que anteriormente se prodigaban sin motivo.

**Los Directores de la Revista.**

## DE LA ASISTENCIA DE CINCO MAGISTRADOS

### PARA LA VISTA Y FALLO DE CIERTAS CAUSAS.

Dige en mi artículo sobre sustanciacion de causas criminales (1), que me ocuparía de las que se siguen contra ausentes; sin renunciar á mi propósito, me parece conveniente iniciar la siguiente cuestion.

*¿Será necesaria la asistencia de cinco magistrados para ver y fallar las causas por delitos á que la ley impone como principal una pena temporal, y como accesoria una perpétua?*

Hé aquí una cuestion en mi juicio de mucha importancia, de grandes consecuencias, porque su resolucion podrá causar una gravísima novedad en los tribunales colegiados; principiaré mis observaciones deseando verlas combatidas para ilustrarme, ó apoyadas para convencerme; ojalá se discutiesen todas las cuestiones solo ante la razon, ante la lógica: de la discusion en esta forma brota la luz, de la discusion apasionada sale por lo comun la confusion, el error, raras veces la verdad.

La regla 42 de la ley provisional para la aplicacion de las disposiciones del Código penal dice: «El número de cinco magistrados es únicamente necesario: 1.° para ver y fallar aquellos procesos en que el juez haya impuesto, ó pedido el fiscal de S. M. la pena de muerte, ó alguna de las perpétuas.» Aquí debo observar que el juez ha de imponer la pena principal despues de calificar el delito y apre-

(1) Véase la página 393 y siguientes del tomo XIII de esta REVISTA.

ciar las pruebas; pero en cuanto á la accesoria no cabe error, siempre ha de ser la designada por la ley: en la primera cabe graduacion, en la segunda no; podrá, repito, haber error en la aplicacion de la principal, pero es imposible en la accesoria.

Veo una ley, la acato; sin embargo, como se trata de reforma, deseo contribuir por mi parte á que se haga con perfeccion. ¿Será conveniente y justo que la pena accesoria sea mas grave que la principal? ¿Será conveniente y justo que el juez y los tribunales obligados á recorrer tres grados para la pena principal, no puedan recorrer estos mismos grados para la accesoria? Supongamos, lo que es muy frecuente, que se sigue una causa contra cuatro ó mas procesados y que á uno de ellos se deben imponer veinte años de cadena, á otro quince y á otro doce, pues todos tres han de sufrir la misma pena accesoria que es perpétua; supongamos que á otro procesado en la misma causa se le debe con arreglo al artículo 74 rebajar la pena al grado inferior y se le imponen siete ú ocho años de presidio mayor; sin embargo de haber variado la naturaleza, la intensidad y la duracion de las penas principales, las accesorias son siempre perpétuas (arts. 55 y 56).

Si la ley hubiese querido que se vieran por cinco Magistrados las causas en que se ha de imponer pena perpétua, aunque fuese accesoria, es para mí seguro que hubiese establecido que se vieran por este número aquellas en que se hubiese de imponer, ó cadena temporal, ó presidio mayor: pasemos al segundo caso de la regla 42.

Cuando la Sala crea que el reo merece alguna de dichas penas perpétuas, aunque el juez inferior no la haya impuesto, ni pedido el fiscal de S. M., yo, en vista de esta disposicion terminante, pregunto: ¿es posible que las salas de justicia crean nunca que el reo merece distinta pena accesoria de la que la ley señala? No, esto no es posible; luego lo que la ley ha querido es que se vean por cinco Magistrados las causas en que pueda caber error en la imposicion de una pena perpétua: solo así se concibe el caso 2.°

Es pequeño el número de causas á cuya vista hayan de concurrir cinco Magistrados; pero si se adoptase la opinion de que era necesaria la asistencia de este número para todas las causas en que haya de imponerse ó cadena temporal, ó presidio mayor, se notaría un gran retraso en el despacho ó se habia de aumentar notablemente el personal de muchas Audiencias.

Mi opinion es que la asistencia de cinco magistrados es solo ne-

cesaria para ver y fallar las causas, en que se haya de imponer como principal una pena perpétua; deseo oir la ilustrada opinion de otras personas para rectificar mi opinion ó para afirmarme en un juicio.

**Bernardo Laterre.**

## ORGANIZACION JUDICIAL.

### CONSULTA.

*¿El juez de paz que se halla desempeñando las funciones de juez de primera instancia por enfermedad ó ausencia del de partido, puede continuar desempeñando simultáneamente el juzgado de paz?*

*Contestacion.*

Poco dudoso es para nosotros que nadie á un mismo tiempo puede desempeñar las funciones de juez de paz y de juez de primera instancia. Estas son incompatibles entre sí: no se concibe que el que juzga de ciertos negocios en la primera instancia tenga en los mismos el carácter de juez de apelacion: esta es una de aquellas incompatibilidades que aunque no están escritas en las leyes, son de buen sentido. No todo ha de escribirse por el legislador: muchas cosas que omite se suponen: la ley solo formula los principios y las reglas generales, todo lo demás lo hace la jurisprudencia, que es la que completa lo que en su carácter de abstraccion la ley no ha escrito. Respecto al punto consultado ninguna duda ha habido en Madrid: cuando los jueces de paz son llamados á desempeñar un juzgado de primera instancia, son reemplazados en el juzgado de paz por sus suplentes: esto es lo que creemos que debe hacerse: cualquiera otra práctica nos parece viciosa y digna de censura.

**Los Directores de la Revista.**

# DERECHO CIVIL.

## CONSULTA.

*¿Está vigente la ley que prohibe á los labradores ser fiadores sino entre sí mismos?*

### *Contestacion.*

No creemos que la ley 7, tít. XI, lib. X de la Novísima Recopilacion que prohibe á los labradores ser fiadores, á no ser entre sí, sea beneficiosa ni á ellos mismos ni al Estado. Creemos mas, que lejos de favorecerles, les perjudica; porque á falta de este medio tienen á las veces que obligarse como pagadores principales por otras personas, cuando á no ser por la ley prohibitiva su fianza sola bastaría, viniendo á resultar así, que contraigan una obligacion principal en lugar de una accesoria, y que queden privados de los beneficios que la ley concede á los que solo subsidiariamente se hallan obligados. Y es que con frecuencia sucede que los beneficios de ley ó derechos singulares introducidos á favor de una clase por un legislador bien intencionado, pero poco previsor, se conviertan contra aquellos á quienes se ha querido favorecer. La ley no debe tener la pretension de conservar en perpétua tutela á las personas: cuando estas tienen toda la inteligencia necesaria para comprender la índole y la estension de sus obligaciones, no es conveniente que se les coarte la libre facultad de contratar: nada hay que justifique esa suposicion de ignorancia y de poca prevision de los labradores, que no se considera en otras clases de la sociedad menos favorecidas. Esta prohibicion no está en los códigos civiles modernos, ni tampoco en el Proyecto del español; ni es de creer que subsista cuando se reforme nuestra legislacion en esta materia. Pero mientras esto no suceda, nada hay á nuestro juicio que autorice á considerar como no vigente la prohibicion, ni como válidas las fianzas que con infraccion de la ley se presten. Por esto creemos, que los tribunales no dejarian de aplicar la ley recopilada.

**Los Directores de la Revista.**

# SECCION BIOGRAFICA Y BIBLIOGRAFICA.

## SPECULUM JURIS Ó SPECULUM JUDICIALE DURANTIS.

Tal es el título de una famosa obra de Derecho que no será desconocida ni estraña para cuantos se hallen medianamente versados en el estudio de sus antigüedades. El crédito de que ha gozado es tan considerable, que no será perdido el tiempo empleado en presentar una breve noticia de ella y de su autor.

Llámasele vulgarmente Durando, ó por ser este su verdadero nombre, ó por acomodarse menos al castellano el de Durantis ó Duranti, con que le designan los críticos en obras mas modernas. Fué de orígen francés, nacido en Puimisson, pueblo insignificante del Langüedoc. Cursó el derecho en Bolonia bajo la direccion de Bernardo Parmense ó Parmensano al decir de algun historiador, pues en esto hay diferencia; en la biografía que precede á una de las ediciones de su obra, se afirma que fué discípulo del Hostiense, cosa en verdad harto indiferente, como no sea por el honor que resulte á sus maestros de haber tenido un alumno que tan bien aprovechara sus lecciones. Por el siguiente testo, deducido de sus escritos, *lib. 1, tít. de tutore, par. 5.°, licet contrarium servaretur Mutina eo tempore quo, ibi in Decretis legebam*, se vé que esplicó derecho canónico en Módena. Persona sumamente apreciable por su ingenio y la precocidad de sus talentos, Durando obtuvo elevados cargos y fué favorecido con graves y honoríficas distinciones. Siendo de muy corta edad entró al servicio del Papa, y en 1274 acompañó á Gregorio X en calidad de Secretario al concilio de Leon.

Mayores pruebas de deferencia, si así puede decirse, recibió de Nicolás III: como lugarteniente espiritual y temporal de este Pontífice, tomó posesion de Bolonia y de la Romanía, y recibió el juramento de obediencia. Martino V hizo mas; le nombró en 1281 vicario espiritual, y en 1286 lugarteniente de estas provincias, conservándole Honorio IV en las mismas funciones, que desempeñó hasta fin del año 1288. Tampoco este hecho puede ponerse en duda, pues se halla confirmado por otro pasaje de sus obras, que uno de sus

biógrafos ha tenido el cuidado de citar. Lib. 1.°, tít. *de jurisd. omn. judic.*, p. 1.°, núm. 35, dice: «*Prout in plerisque locis B. Petri invenimus factum esse, dum eramus ibi rector et capitaneus generalis, vel etiam in provincia romaniolæ, dum essemus ibi, et in civitatibus Romaniæ, Urbini et Massæ Trabariæ comes et rector generalis.*» Aunque nombrado obispo de Menda en Languedoc el 1285, no tomó posesion hasta el 1291: el arzobispado de Rávena, para el que tambien fué elegido en 1295 por Bonifacio VIII no le admitió por desempeñar mas delicadas funciones en la Romaña y la Marca de Ancona; pero el partido de los Gibelinos, que era allí prepotente, hacia tan cruda guerra, que al cabo de dos años de este penoso servicio, volvió á Roma, donde murió el 1.° de noviembre de 1296. Otras particularidades, y hasta fábulas se refieren de su vida, que han merecido, por lo menos las últimas, el desprecio de los autores; pero no entra en el plan de este artículo ocuparse de unas ni otras. Estos ligeros apuntes se prestan por sí solos á una consideracion, aunque sencilla, de mayor interés.

Durando dejó escritas á su muerte varias obras: el dia en que ocurrió tan lamentable suceso, no puede ser otro que el citado; pues su epitafio, que Savigny ha copiado de Sarti, y que es un resúmen de su vida, consagra á este particular el siguiente dístico: *Et Romam rèdiit Domini sub mille trecentis-quator amotis annis tumulante Minerva-subripit hunc festiva dies et prima Novembris.* Pues aunque esto sea; aunque no muriese, como en alguna biografía se lee, poco tiempo despues de publicado el *Speculum*, que le acabó el autor el año de 1271, en cuya época tenia solo treinta y cuatro años, ¿quién se dá idea de su facilidad? ¿quién no se asombra al mirar su aplicacion y su constancia? Se le ha visto desempeñando cargos importantes, pasando de una provincia á otra, teniendo que ejercer una autoridad penosa de suyo, y mas por las complicaciones de los tiempos. Necesitaba compartir su atencion entre las comisiones especiales y el deber del ministerio pastoral que habia de cumplir de algun modo. Auditor de palacio, y obispo y lugarteniente y gobernador, apenas debia quedarle tiempo para ejercer tan honoríficos destinos; ¿cuándo le tuvo, de dónde le sacó, para no abandonar el estudio, para dejar escritos varios libros? Esto honra su laboriosidad, y habla muy alto en favor de los tiempos en que se realizaban tales milagros literarios. La generacion actual, superior en otras cosas, tiene que avergonzarse de no presentar

muchos de estos ejemplos; y decimos muchos, porque Durando en su tiempo tuvo imitadores. O el género de vida, ó las necesidades del siglo, ó la especial tendencia de los estudios, contribuyen á que estos sean mas brillantes, si se quiere, pero en general menos sólidos. Falta el tiempo, falta la calma, ó tal vez sobra la pereza para enterrarse en los archivos y bibliotecas, entregarse á la contemplacion de autores, de los cuales solo una hoja cuesta un dia de lectura, y revolver antiguos é ignorados manuscritos. Si hay hombres que aun en la actualidad se distinguen por este género de trabajos, la verdad es que no son en gran número: consiste acaso en que hay estensos horizontes abiertos á la ambicion por la prensa periódica, por la política, mientras que por el otro camino se alcanzan, sí, algunos, se divisan los de la inmortalidad; pero la inmortalidad *sin provecho.*

El título de algunas de las obras de este autor servirá para conocer su objeto y tal vez su importancia. *Repertorium aureum* que es una coleccion de Decretales por órden de títulos con espresion de las cuestiones principales y comentarios en que han sido tratadas. *Commentarium in concilium lugdunense*; ó sea comentario á las Decretales de este concilio, el cual ofrece naturalmente mayor interés por la circunstancia de haber sido redactor de ellas. *Speculum legatorum* ó tratado sobre los deberes de los legados. *Rationale divinorum officiorum* que es un tratado de liturgia. Y el *Pontificale* que lo es de los deberes de los obispos.

Pero entre todos estos libros ninguno ni tan lato ni tan notable como el *Speculum*, que fué puede decirse, la bandera de una escuela, nombre por el cual se conoce á Durando bajo el solo epíteto de Speculador, que han llevado despues muchos de sus discípulos; el *Speculum* en prueba de cuya celebridad bastará con decir que desde el año 1473 al 1678 se han hecho de él treinta y ocho ediciones.

Convendrá dar idea de este libro como base de algunas reflexiones. Examinado en su estructura se vé que es sencilla y natural: consta de cuatro libros que se dividen en varias partes y estas en títulos. El primero que trata de los jueces, abogados, etc., tiene los siguientes títulos: *De judice delegato*; *de legato*, de *dispensationibus*: *de arbitro, de arbitratore*: *de jurisdictione judicum*: *de recusatione*: *de actore*: *de accusatore*: *de procuratore*: *de sindico*: *de actore constituto*: *de tutore*: *de curatore*: *de avocato*: *de exordiis et*

*arengis: de teste: de salariis.* El segundo libro comprende el procedimiento civil y los títulos de esta parte de lo obra son: *de actione seu petitione: de cessione juris et actionis: de comparentia juris: de rescripti presentatione: de citatione: de contumatia: de pimo, de secundo decreto: de dilationibus, de feriis: de excepcionibus et replicis: de satisdationibus, de reconventione: de petito et posseso: de litis contestatione: de juramento calumniæ: de positionibus, confessionibus, probationibus, de instrumentorum editionibus; de præsuntionibus, de juramenti delationibus: de disputatione et alegatione advocatorum, de renuntiatione et conclusione: de requisitione consilii: de remissionibus, de sententia, de excutione sententiæ, de adpelationibus: de restitutione in integrum, de expensis: de fructibus: de pœna temere litigantium.* El tercer libro contiene escasos tratados de procedimiento criminal, á saber: *de accusatione, de inquisitione: de notorio crimine: de abolitione et purgatione: de libelorum conceptione* y otros. El cuarto mas nutrido envuelve la aplicacion práctica del derecho y de la parte de contratacion: sus títulos mas principales son de *commodato, venditionibus, emphiteusi censibus, de fidejussoribus, de obligatione et solutione, testamentis, sucessionibus, sepulturis: de statu monachi, jure patronati, sponsa, liis et matrimoniis, consanguineis: qui filii sint legitimi, de divortiis: de secundis nuptiis, etc.* La obra acaba con un repertorio que contiene todas las materias de los textos del Decreto y Decretales y el índice.

En cuanto á su mérito intrínseco, es posible que no corresponda á toda la celebridad y al favor que ha venido disfrutando. El autor, segun observa Savigni, sin descuidar la teoría, supo aprovechar los frutos de su larga esperiencia, con lo cual puede mirarse su obra como una de las mejores fuentes para hacer el estudio de la historia dogmática del derecho. Sin embargo, como le escribió aprovechando las noticias de los escritores que le habian precedido, entresacando pasajes enteros sin citarlos; y como tiene por costumbre esponer ajenas opiniones y reservarse la suya, la obra carece de originalidad, el autor tiene en parte merecido el concepto de plagiario que Juan Andrés llegó á formar de él. *Joannes Andre. in Spec. Lib. 1, Tit. de off. omn. jud. p.* 8: *hoc exportando conjunxit Guiliemus duo furta.* Pero el mejor ó peor método seguido en la redaccion será un defecto que haga desmerecer, no que invalide, que anule el interés de la obra. Del mismo se han tachado las de casi todos los colecto-

res: en él incurrió Graciano, y no por eso, su Decreto dejó de prestar buenos servicios, de merecer por su importancia el que de órden pontificia, una comision ilustrada se encargase de rectificar sus errores, de salvar sus anacronismos, de poner en armonía doctrinas al parecer discordantes. Los tiempos cambian; y en comparacion con las de aquellos, el Durando como tesoro de doctrina, tiene lo que todas y es superior á muchas. Hay una sola que no admite comparacion, conocidamente superior en el fondo y en la forma, y esa obra, sobre cuya autoridad se ha disputado, que la opinion de los autores no ha podido concordarse acerca de si fué un verdadero Código ó un libro doctrinal, es nuestra, es el Código de las Partidas; monumento el mas grandioso que pueden presentar los siglos de legislacion y de ciencia. Los que con imprudente descaro se atreven á descubrir sus faltas, no han considerado las de los libros tenidos por mejores en los tiempos de su publicacion: coincidia en formacion con la del *Spéculo*, aunque se publicaron años antes, y que se vea la Diferencia entre el Código que se impugna y el *Speculum* que tal vez se aplaude. Los dos son el resúmen de lo mejor y mas selecto en materia de derecho, pero hay entre el *Speculum* y las leyes de Partida la inmensa diferencia de que mientras aquel carecia de originalídad, sino por las doctrinas, por la especial aplicacion de ellas, no es sino muy original el Código de las Partidas; mientras aquel se formaba de las opiniones descosidas de cien autores, hay en este tal unidad de doctrinas que se duda si fué uno el autor; mientras la disposicion del uno carece de artificio, admira ver en el otro el órden verdaderamente artístico, sin dejar de tener la sencillez del natural; mientras el estilo del primero se resiente de falta de homogeneidad, es desigual, y á veces hasta incorrecto, agrada ver el estilo del segundo que aun en nuestros mismos dias podia ser modelo de lenguaje; mientras en aquel, que es en algunas partes completo, faltan muchas cosas, este lo contiene todo, en este nada falta desde las materias religiosas y canónicas por las que principia la Partida 1.ª hasta el derecho criminal difusamente tratado en la 7.ª, y con la circunstancia de que, en medio de sus errores, de vicios y falsos principios sostenidos por las preocupaciones de la época, para anatematizarle, para rechazarle como bárbaro, es necesario no haberle leido, no haber apreciado lo que vale su filosofía. Cuidado que no habrá escritor, por amante que sea de as glorias nacionales, por muy apasionado que sea de este Código

que haya disimulado sus defectos. Desde Floranes y otros académicos distinguidos que ilustraron esta materia, iniciando las primeras cuestiones, siguiendo por Sempere y por Marina que se habrán escedido de justos pero no de parciales, hasta venir á parar al autor—cuyo nombre por delicadeza se calla—de cierta introduccion célebre á este Código, publicada en una edicion moderna, en la cual se han apurado todas las dudas, desatado todas las cuestiones, reunido los mas eruditos antecedentes y hecho su mas escrupuloso análisis,—todos los historiadores, todos los críticos han sido severos jueces de este libro, sin perdonar á sus autores la falta de oportunidad, la redundancia y hasta el servilismo.

Pero habrian sido injustos, si á pesar de eso no le hubieran colocado el primero entre los códigos de los pueblos civilizados; si hubieran sido capaces de sospechar, aunque por patriotismo no lo hayan dicho que el *Speculo*, cualquiera que sea por otra parte su mérito, merezca la preferencia.

Esto es lo que hemos querido que se tenga presente: solo con este objeto nos ha podido ocurrir el ligero estudio de la obra de Durando. No fué el modelo que pudieron tener á la vista los autores de las Partidas, porque aunque se formara por los mismos dias, el *Speculum* se publicó algunos años despues: no puede tampoco ponersele en parangon, no hay términos hábiles para comparar el *Speculo*, esta obra plagiada, y el Código de las Partidas, verdadero original que la España tiene el orgullo de ofrecer á los buenos legisladores.

**Benito Gutierrez.**

## SECCION DOCTRINAL.

# DE LA REIVINDICACION DE LOS EFECTOS PÚBLICOS AL PORTADOR, SEGUN EL DERECHO CONSTITUIDO (a).

### Introduccion.

Tiempo hace que tenia casi concluida la redaccion del siguiente trabajo sobre la reivindicacion de los efectos públicos al portador, segun la legislacion hoy vigente en España, con el propósito de publicarlo é ilustrar la opinion, en mi concepto, lastimosamente estraviada: sin embargo, no habria probablemente visto la luz pública, merced á lo inconciliable de este género de escritos con mis tareas profesionales, si no hubiese leido un folleto titulado «Consideraciones sobre la improcedencia de la reivindicacion de los títulos al portador.»

Lo que me decidió á hacer esta publicacion no fueron las contradicciones observadas en dicho folleto (1), ni tampoco el deseo de re-

(a) Abiertas las páginas de la REVISTA á todas las opiniones que se defiendan con copia de erudicion y con talento, damos cabida al concienzudo trabajo que sobre la *reivindicacion de los efectos públicos al portador* ha escrito el Sr. D. Domingo Rivera, distinguido abogado del Ilustre Colegio de Madrid. Examinando la cuestion solamente bajo el aspecto del derecho constituido, sostiene la opinion que en repetidos fallos de esta Audiencia territorial ha prevalecido, dejando á la apreciacion de los poderes públicos la conveniencia ó inconveniencia de la reforma de nuestro derecho en punto tan grave y de consecuencias tan trascendentales. Reconocemos la urgencia de que una medida legislativa venga con su autoridad soberana á poner término á una cuestion que ha tomado grandes proporciones, y que examinada bajo el punto de vista de la legalidad existente trae tan divididos á los letrados, y pudiera con el tiempo dar lugar á fallos encontrados, con desprestigio de la administracion de justicia. De todos modos, la Audiencia de Madrid ha encontrado en D. Domingo Rivera un defensor ilustrado, que ha sabido esponer con lucidez, con buen juicio, y con interesantes datos los fundamentos de sus sentencias. Amigos de la discusion ámplia, darémos cabida en la REVISTA á cualquier escrito en que con buenas formas y con razones científicas ó legales se sostenga una opinion diferente.—*Los Directores de la* REVISTA.

(1) En la página 3, plantea la cuestion sobre reivindicacion de los títulos al portador, y asegura ser una de las mas importantes que pueden

futar una tras otra sus observaciones, pues para ello habria sido preciso redactar de nuevo las mias: me impulsó con especialidad las formas duras é inconvenientes, en mi juicio, con que se aprecian y califican los fallos ejecutorios pronunciados por la Real Audiencia de Madrid ajustados á la legalidad existente.

Calificar las sentencias de un Tribunal superior de ataques á la ley y de espoliacion (pág. 6); atribuir estas sentencias á la falta de conocimientos especiales en los magistrados (pág 13); decir que la responsabilidad de los tenedores de títulos al portador *se trae como por los cabellos*, y que cada una de estas sentencias producen una alarma (págs. 14 y 16); afirmar *que el poder judicial, sin hacer el menor caso de que su mision no es otra que aplicar la ley buena ó mala..... se ha colocado por una mala inteligencia en abierta contradiccion, no solo con la letra y espíritu de la ley, sino hasta con el mismo país* (pág. 17); y concluir repitiendo (págs. 19, 21 y 23)

---

debatirse en este momento *por la errónea interpretacion que se está dando á la ley, y por la aplicacion equivocada que de la misma se está usando en los tribunales.*—Pero en la siguiente línea dice, que no parecerá estraño á los lectores que se ocupe de esclarecer esta importantísima cuestion, *que es una de las que están reclamando una reforma indispensable ya en la legislacion que rige sobre la materia.*—En qué quedamos ¿el mal de que se lamenta el autor del folleto, está en que la ley es mala, á su juicio, ó en que se aplica erróneamente por los tribunales?.....

En la página 6, al final, dice que pudiera citar infinidad de sentencias judiciales (desearíamos que se hubiese hecho esta cita, pues no tenemos noticia de ninguna), en que aplicando la no reivindicacion de los títulos al portador... vienen formando la jurisprudencia práctica en esta cuestion—Pero al fólio 17 añade que, el poder judicial, sin hacer el menor caso de que su mision en todo rigor, ni es ni puede ser otra que aplicar la ley buena ó mala...; se ha colocado por una mala inteligencia en abierta contradiccion, no solo con la letra y espíritu de la ley, sino hasta con el mismo país.

Para convencer que los tribunales están en contradiccion con el país sobre esta cuestion, pregunta el autor del folleto (pág. 17) ¿Quién es el representante de la nacion? El Gobierno. ¿Qué ha dicho el Gobierno cuando ha sido interpelado en 5 de abril de 1856 y 18 de abril de 1858 por la aplicacion que hacía el poder judicial de la ley en las cuestiones de los títulos al portador? Ha dicho bien claramente que el modo de obrar del poder judicial, estaba en contradiccion con lo que el Gobierno entendia que debia hacerse.»—Mas en las páginas 19 y 20, el autor del folleto cita varias órdenes de ministros mandando no pagar unos títulos entregados á una casa de París que quebró; expropiar y prender á otros poseedores de títulos sustraidos del correo; formar causa y no pagar otros títulos dados en garantía, etc., etc. ¿Qué Gobiernos son los representantes del país, los interpelados, ó los que autorizaron Reales órdenes y decretos mandando proceder á la retencion y suspension de pago de los títulos robados, etc.?....

que sería nunca acabar referir la *anarquía, la arbitrariedad y contradicciones de todo género* que se hallan en los fallos de los tribunales sobre títulos al portador: todo esto me causó profunda sorpresa, y por respeto á la institucion, y aun si se quiere, estimulado por el deseo de vindicar opiniones que he sustentado con éxito ante los tribunales de la corte, me decidí á concluir y dar la última mano á mi escrito.

Por fortuna, los fallos de la Real Audiencia de Madrid á que el folleto alude, nada deben temer del exámen ilustrado que se haga de ellos, bajo el punto de vista del derecho constituido, y para combatirlos, el autor de dicho folleto ha supuesto (pág. 7) que en los considerandos de la sentencia á que alude (2) se sientan como sus bases principales, que la ley de Bolsa exige para que se pueda adquirir la propiedad de los títulos al portador: 1.°, que las personas sean comerciantes; y 2.°, que los títulos no estén prescriptos. ¿Pero de dónde ha sacado el autor del folleto tan estraños fundamentos? Nos inclinamos á creer que, de la mala inteligencia de los considerandos que haya leido; quizá por no estar redactados con la perspicuidad que seria de desear en asuntos de esta importancia.

Redactados unos mejor que otros, la parte dispositiva de los fallos que conocemos está sustancialmente conforme con el espíritu de las leyes reguladoras de la propiedad mueble, dentro de la cual se comprenden los efectos al portador. Los tribunales tienen circunscritas sus funciones á juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, y ni á ellos, ni al que defiende la legalidad de sus actos, les incumbe analizar, si los efectos públicos al portador exigen ó no por su naturaleza una legislacion especial: tal vez una parte de los magistrados que fallaron en sentido favorable á la reivindicacion, profesen la creencia de que estos valores debieran ser irreivindicables.

Como quiera que esto sea, si la opinion del país es tan uniformemente favorable á la reivindicacion, como el autor del folleto supone; si el Gobierno, las Córtes, el Consejo Real, la Caja de amortizacion, el Banco de España, la Junta de comercio, etc. etc., están conformes en la no reivindicacion, ¿por qué no se presenta un proyecto de ley, ó se dicta un Real decreto, declarando la irreivindicacion de los efectos públicos, ó cuando menos, que está vigente el artículo 7.° del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, que creen

(2) Nos parece referirse al inserto en segundo lugar en la cita núm. 4.

derogado los tribunales de justicia?... Si mis noticias son ciertas, hace mas de un año que el Gobierno de S. M. tiene en su poder un proyecto de ley, y por cierto con poquísimos artículos, favorable á la no reivindicacion ¿Y por qué no le ha presentado para su discusion y sancion? ¡Preciso es reconocerlo! Examinada la cuestion superficialmente, su resolucion parece facilísima, mas quien la profundice auxiliado de la ciencia, acaso encuentre infinitas dificultades capaces de haberle retroceder con espanto.

Por hoy mi tarea es mas sencilla; no intento examinar el asunto como economista, ni legislador: voy solo á tratarlo como espositor del derecho constituido.

*¿Son irreivindicables los efectos públicos al portador? ¿Son dichos efectos semejantes á la moneda, y por lo mismo, pueden recibirse sin averiguar su prodedencia, bastando la simple entrega de ellos, para trasferir su dominio de una manera irrevocable?*

## Primera parte.

### SUMARIO.

Sec. I. §. 1.° Gran interés de actualidad de la anterior cuestion. §§. 2.° y 3.° Escaso número de asuntos de esta especie ocurridos, y jurisprudencia formada por la Real Audiencia de Madrid.—II. §§. 1°., 2.° y 3.° Interpelacion de un diputado al Gobierno sobre la oscuridad de la legislacion relativa á estos valores, y sus opiniones sobre la materia, creyendo que los valores al portador están en el mismo caso que la moneda. §§. 4.° y 5.° Refiere lo que sucede en Francia é Inglaterra sobre estos valores. §§. 6.° y 7.° Pide un diputado que se observe el art. 78 de la Constitucion sobre la garantía nacional de la Deuda pública, y que el Gobierno declare subsistente el Real decreto de 10 de setiembre de 1831, pues esta era la causa de hacerse los empréstitos en España al 38 por 100.—III. §§. 1.°, 2.° y 3.° Otro diputado apoya la interpelacion, y dijo que está hundido el crédito si se sujeta el papel moneda á la reivindicacion. §§. 4.° y 5.° Que los títulos al portador no son aun propiedad como otra cualquiera, no debiendo conocerse otro dueño, sino quien los presenta.—IV. §§. 1.°, 2.° y 3.° Los Ministros de Fomento y Gracia y Justicia que contestaron á los interpelantes estuvieron poco felices, desconociendo al parecer la cuestion legal provocada, y haciendo concesiones inconvenientes.—V. §. 1.° Donde esta cuestion se ha tratado á su altura ha sido en el foro de Madrid, hallándose en contradiccion los representantes del Ministerio fiscal. §§. 2.° y 3.° Allí se ha sostenido que segun

la legislacion especial y general vigentes, los efectos al portador son irreivindicables. §. 5.° Y que son semejantes al dinero.—VI. §. 1.° La elocuencia de un jurisconsulto distinguido hizo vacilar el juicio de una Sala de la Real Audiencia de Madrid. §§. 2.° y 3.° Entonces pensé publicar este escrito y motivos que lo impidieron.

## I.

1.° Hé aquí una cuestion de gran interés de actualidad en los Tribunales, por la magnitud y trascendencia de la materia, por el merecido renombre de algun jurisconsulto iniciador en el foro de la contradictoria que viene debatiéndose, y por la celebridad dada al asunto, con motivo de una interpelacion dirigida al Gobierno de S. M., sobre la jurisprudencia que los Tribunales venian confirmando acerca del dominio de los efectos públicos al portador.

2.° Hasta la representacion de esta última escena, la cuestion formulada como epígrafe de este artículo venia agitándose meramente en el augusto á la par que modesto y silencioso recinto de los Tribunales. No son muy frecuentes, si nuestras noticias son ciertas, los procesos instruidos con motivo de robos, hurtos ó estafas de efectos públicos al portador, y este dato estadístico revela ser el mal supuesto de la reivindicacion menos grave de lo que se exajera; pero sea cualquiera el número de aquellos procesos, es indudable la jurisprudencia uniforme de las tres Salas de justicia de la Audiencia del territorio de esta corte, llamada á entender de esta clase de asuntos, por cuanto en la Bolsa de Madrid es donde se negocian principalmente esta especie de valores.

3.° En las diferentes decisiones llegadas á nuestra noticia, la Real Audiencia de Madrid ha reconocido uniformemente la procedencia de la accion reivindicatoria de los efectos públicos salidos de manos de su legítimo dueño por medio de un delito (3); declarando ser

(3) El primer asunto de esta especie, de que tenemos noticia, fué fallado por la Sala primera de la Real Audiencia de Madrid en 27 de octubre de 1855, en causa contra D. Andrés Vizcayno y consortes, sobre sustraccion de la Direccion general de la Deuda de 3.086,085 rs. nominales en títulos al portador. Los considerandos de dicha sentencia no contienen la razon legal del fallo; pero la Sala sentenciadora juzgó la procedencia de la reivindicacion, pues decretó la restitucion á la Direccion general de la Deuda pública de los títulos que procedentes de la sustraccion habían sido retenidos, sin perjuicio de la accion civil que pudiera corresponder á la Ha-

esta la legalidad existente, ora los títulos se hallen en poder de un tercero adquirente por un medio legal, ora los detente por un título desnudo de las formas legales: solo distingue la suerte de los terceros poseedores, reservando á los primeros su repeticion contra quien les corresponda, y negando este beneficio á los segundos.

---

cienda para reintegrarse del valor de los demás, y reservando su derecho á *D. Joaquin Angel Echarri, respecto á los que se le ocuparon, para repetir su importe contra quien corresponda.*—El segundo fallo que conocemos fué dictado por la Sala tercera de la misma Real Audiencia de Madrid, en causa sobre sustraccion del correo de 900,000 rs. en títulos al portador del 3 por 100, remitidos en dos pliegos á Barcelona, y los considerandos referentes al punto de la reivindicacion dicen así: «Considerando que si por la ley de Bolsa de 10 de setiembre de 1831 se determinaba que los efectos públicos vendidos en Bolsa no estaban sujetos á reivindicacion, y su adjudicacion era válida y subsistente, consumado que fuese el contrato, aunque el poseedor fuese de mala fé, despues por la orgánica provisional mandada cumplir por decreto de 5 de abril de 1846, nada se dispuso sobre la reivindicacion, y en su art. 113 se manda queden derogadas y sin efecto las leyes, decretos, reglamentos y demás que hasta entonces regían acerca de esta materia, y que la de igual naturaleza de provisional publicada por otro decreto de 8 de febrero de 1854, tampoco dispuso cosa alguna sobre la reivindicacion. Considerando que aun cuando la adquisicion hecha de parte de los títulos por la casa de W. fuese en Bolsa y por medio de un ajente, con sujecion al art. 15 de dicha ley de 1854, que previene se hagan siempre con intervencion de ellos, no le dá derecho á estimarlos como propios, toda vez que fueron producto de un robo, y pertenecen á la viuda de R. y B., como verdaderos dueños de ellos, no siendo aplicable el párrafo 3.° del artículo 116 del Código penal, por no hallarse prescrita la cosa, con arreglo á lo establecido en las leyes de Bolsa vigente. Considerando que menos puede acogerse á estas, para reclamar la pertenencia de otros títulos, D. E. de M., por no haberse sujetado en las compras que hizo á ninguna de las citadas prescripciones.—Vistos los arts. 7, 11, 14, 15, 115 y 116 del Código penal y las leyes de Bolsa de que se ha hecho mencion; fallamos..... que se entreguen á la viuda de R. y B. los títulos que le fueron remitidos, y cuyas séries y numeracion resultan testimoniadas en la causa..... reservando su derecho á la casa de W. para ejercitarlo contra el vendedor de los títulos.....—En causa seguida contra D. J. N. de F. con motivo de haber enajenado unas acciones de carreteras entregadas por su dueño con el solo objeto de constituir con ellas una fianza para responder de cierto cargo, el Juez de primera instancia del distrito del Barquillo de esta corte, dictó sentencia confirmada por otra de 14 de abril de 1859, pronunciada por la Sala primera de la Real Audiencia de Madrid, en la cual se apuntó el siguiente Considerando: que aun cuando G. comprara de buena fé las acciones de carreteras, siendo un hecho indudable que al venderlas D. F. dispuso de cosa ajena y consumó el delito de estafa, es indudable tambien que aquel no pudo adquirirlas, porque segun las leyes civiles, y especialmente el art. 116 del Código penal, donde quiera que esté la cosa allí clama por su dueño, y cuando ha salido de poder de éste por efecto de un delito, debe serle restituida con resarcimiento de daños y perjuicios, aun cuando se halle en poder de un tercero no responsable del delito.....

## II.

1.° En la sesion pública celebrada por el Congreso de los Diputados el dia 23 de abril del año pasado de 1858, cierto orador anunció una interpelacion, *sobre un negocio que creia urgente, y que podia traer fatales consecuencias al crédito del Estado:* precisando su objeto, dijo ser la completa oscuridad que encontraba en la legislacion de España sobre los valores al portador, pues al mismo tiempo que están autorizados por el Gobierno, no hay legislacion sobre ellos, y pueden sufrir graves perjuicios los tenedores de una propiedad tan respetable.

2.° Esplanando su idea el orador aludido, en la sesion del siguiente dia 28, reseñó la importancia del crédito y la creacion de los valores al portador declarados irreivindicables por el art. 7.° del Real decreto de 10 de setiembre de 1831..... y que, sin embargo, unos títulos fueron robados, un agente los vendió á un comerciante, y poseyéndolos éste de buena fé, se encontró con un auto judicial deteniéndolos, por haber parecido su propietario. Por manera, añadió, que se aplica á estos valores la ley de Partida, segun la cual, la cosa robada vuelve á su legítimo dueño. Aplicada la ley á la reivindicacion de estos valores, ¿quién sería el que depositase en ellos su fortuna? ¿Qué padre de familia se atrevería á dejar en ellos la fortuna á sus hijos?

3.° Los valores al portador, continuó, están en el mismo caso que la moneda y deben aplicárseles los mismos principios..... Refiere la obligacion del depositario de dinero, el cual solo es deudor de cantidad, mas no de las mismas monedas, y deduce lo propio de los títulos al portador: estos títulos son de quien los adquiera de buena fé. ¿Pero fueron á poder del que los vendió por un crímen? Pues castíguese el crímen, y los títulos queden en quien los adquirió de buena fé..... Esta misma aclaracion pidió para los billetes de Banco, acerca de los cuales no ha mucho se dictó un auto judicial dejando ciertos números fuera de circulacion.....

4.° Como por vía de contraste entre las sentencias de nuestros Tribunales y las de los Tribunales del vecino imperio, ese mismo orador refirió al Congreso que la propia casa á quien se intervenia esos valores, habia pasado por una situacion análoga en Francia; pero para que se vea hasta dónde se llevan en aquel país las ideas de respeto á esa propiedad, esa misma casa fué defraudada en las

cajas por uno de sus dependientes, que se fugó con cinco millones de francos en acciones de ferro-carriles..... El cajero que hizo ese hurto dejó la Francia y se fué á los Estados-Unidos; pero mas tarde puso en circulacion esos valores, y á nadie se le ocurrió la idea de poner interdicto á esas acciones: se persiguió al criminal, pero los documentos están en circulacion.....

5.° Circunscribiéndose á los billetes de Banco, dijo ser comun en Inglaterra su falsificacion; pero en el momento en que se advierte se cambia el timbre, sin dejar por eso de pagar los billetes falsificados: hasta tal punto se lleva allí el respeto al papel del Estado.

6.° Dentro de la propia sesion, el mismo orador protestó no ser su ánimo poner el peso de su opinion en contra de una sentencia de los tribunales..... Yo he citado, decia, un caso especial, para hacer ver que habia una falta en la legislacion..... para pedir que se aplique el art. 78 de la Constitucion que pone la deuda pública bajo la salvaguardia especial de la nacion, lo cual no se consigue, si los títulos al portador no son libres como el aire.....

7.° Resumiendo su interpelacion, pidió al Ministro de Gracia y Justicia que se declarase subsistente el art. 7.° del Real Decreto de 10 de setiembre de 1831, que el interpelante creía vigente, y sin embargo los tribunales fallaban en sentido contrario; que el mal existia hacía mucho tiempo y no se remediaba, siendo esta la causa por que los empréstitos se hacian en España al 38 por %, en vez del 60, ú 80, como en otros países. Que el caso era que habia una sentencia dada... que era contraria al crédito, era contraria á estos valores al portador... y si hay y ha de haber valores al portador, es preciso que haya legislacion que los garantice.....

## III.

1.° Llegó su turno á otro orador, y refiriéndose á las providencias judiciales anteriormente aludidas, dijo *que el crédito estaba herido*.... Hubo un tiempo, añadió, en que la circulacion y el cambio estaban sujetos al principio de reivindicacion; mas fué en edad remota, en los albores de la civilizacion.—Entonces no existia el crédito, no existian los billetes de banco, no existian los títulos al portador, no habia ni siquiera moneda, no habia pecunia sino *pecus*... Regía entonces, como no podia menos, y de un modo absoluto, el principio de la reivindicacion, y todas las transacciones estaban bajo su influencia; pero corrieron los tiempos, se acabó la permuta y na-

ció la venta, vino la moneda, y desde entonces perdió ese principio gran parte de su poderío....

2.° Se creó despues el papel moneda, que reune mayores ventajas que el metálico; mas todas las vá á perder si se le sujeta á la reivindicacion... Es decir, que para aceptar un miserable billete de doscientos reales, sería menester tener á la vista la larga historia de este billete....

3.° He demostrado, continuó, la incompatibilidad de esta clase de valores con la reivindicacion... para lo cual no hay necesidad de recordar lo que se hizo en tiempo de Ballesteros, ni necesidad de recurrir á las legislaciones especiales... La cuestion está ya resuelta en nuestras leyes seculares, por que es cuestion de derecho comun..., pues aunque el autor de las Partidas no leyó en las estrellas el advenimiento del crédito..., pero consignó en aquel Código los principios eternos de la justicia.....

4.° Los títulos al portador, continuó diciendo este elegante y poético orador, no son una propiedad como otra cualquiera; si fueran una propiedad, se aplicaria el principio de la reivindicacion. ¿Pero á quien se le ocurre reivindicar una escritura librada por un Escribano, á título de ser propio el papel en que está escrita?... Pues el papel de crédito está en el mismo caso....

5.° El papel de crédito es del portador..., dijo en conclusion el orador aludido; pues la ley dice que de cualquier manera que el hombre quiera obligarse queda obligado: por consecuencia, los billetes de banco, y en general los títulos al portador, deben pagarse al que los presente, y solo á él, como quiera que á él solo fué hecha la promesa.... Si desgraciadamente fué un ladron que robó el billete, anticípese la justicia y arrebátele el billete de las manos, porque si de él llega á desprenderse, el mal no tiene remedio.

## IV.

1.° ¡Qué ocasion tan brillante ofrecieron aquellos mas fáciles que, histórica y juridicamente, exactos oradores, si en la sesion del 28 de abril hubiese tocado el uso de la palabra á algun diputado competente para tratar los puntos históricos y de legislacion allí lastimosamente mal parados!... Mas no sucedió así, por desgracia: aun los Ministros de Fomento y de Gracia y Justicia, advertidos préviamente de la escena que debia representarse, estuvieron menos

felices de lo que hay derecho á exigir de los jefes de estos departamentos.

2.° El primero se circunscribió sustancialmente á decir lo ocurrido en nuestra Bolsa, regida siempre por una série de proyectos planteados por decretos. Siguió haciendo su enumeracion, y luego concluyó en estos términos. «No hay duda, que los títulos al portador y los billetes de banco tienen condiciones de moneda, y como tal deben disfrutar de la consideracion de libre curso, como moneda y no como cosa: esto es en tésis general, y sin que yo descienda á casos particulares. Consecuente con esto, el Gobierno presentará el remedio para este vacío, ora por un Real decreto, ora por un proyecto de ley..., porque todavía no ha decidido...; pero sí que pondrá remedio á este mal.»

3.° El Ministro de la Justicia empezó mencionando los dos procesos criminales pendientes de sustanciacion y decision, sobre sustraccion de efectos públicos; y si por desgracia, añadió, la ley fuese, como no espero, interpretada de una manera inconveniente ó perjudicial al crédito, el Gobierno adoptará las disposiciones convenientes para evitar estos conflictos en lo sucesivo... Es mas: si por consecuencia de una mala interpretacion el Gobierno necesita aclarar la ley, no solo la aclarará, sino que *procurará sean indemnizados aquellos que resultasen perjudicados por una providencia injusta*, adoptando las medidas necesarias para que eso se verifique. El Jefe de la magistratura concluyó su peroracion con estas inolvidables palabras: «Lo que puedo decir es, que los compradores de buena fé pueden tener la seguridad de que no serán perjudicados en sus intereses; *que esos créditos deben estar libres en la circulacion*; que no serán lastimados ni perjudicados *nunca*; antes bien tendrán el apoyo y proteccion del Gobierno, amparo justo y tutelar que no puede negarles jamás.»

## V.

1.° Las opiniones sustentadas por los interpelantes, y en cierto modo patrocinadas por quien á la sazon era Ministro de la Justicia, han tenido en el foro el apoyo de voces mas autorizadas; á cuyo accidente es debido, en mi juicio, la celebridad adquirida por esta cuestion, y la contradiccion lamentable en que acerca de ella se halla el ministerio fiscal, sosteniendo el de fuero civil la irreivindicacion de los efectos públicos, mientras el fiscal especial de Hacienda

viene manteniendo con éxito el error de semejantes ilegales doctrinas (4).

2.° Los efectos públicos al portador, dicen los mantenedores, en el foro, de las opiniones de los interpelantes en el Congreso de los

(4) El fiscal especial de Hacienda cerca de la Real Audiencia de Madrid dijo en su censura relativa á la causa contra D. Andrés Vizcaino y consortes sobre sustraccion de los 3.086,085 rs. mensuales mencionados en el primer lugar de la anterior nota: «No tienen sin embargo, derecho los citados herederos á que se les entregue, segun han pretendido, los títulos que como procedentes de la sustraccion fueron ocupados á sus causantes, y los cuales deben restituirse á la Direccion general de la Deuda pública, con arreglo á lo establecido en el art. 116 del Código, salva la repeticion para reintegrarse de su importe contra D. C. G., ó contra quien corresponda.» La disposicion que en apoyo de su solicitud invocan, del artículo 7.° del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, espresiva de que «los efectos públicos vendidos en Bolsa, ya sea que estén emitidos al portador, ó ya lo estén á favor de persona determinada, no están sujetos á reivindicacion, y su enajenacion será válida y subsistente consumado que sea el contrato, aun cuando el vendedor los poseyera de mala fé...» no tiene ninguna aplicacion al caso presente, no solo porque en él no se trata de efectos públicos vendidos en Bolsa, sino tambien por que el indicado Real decreto se derogó por el de 5 de abril de 1846, que despues de haber sido derogado á su vez, fué restablecido en todas sus partes por el de 24 de marzo de 1848, y es el que se halla vigente en la actualidad.

En comprobacion de que el fiscal de Hacienda está conforme con los actos oficiales del Gobierno, recomendamos la lectura del Real decreto de 21 de agosto de 1857, inserto en la *Gaceta* de Madrid de 27 del propio mes. Allí se verá que, autorizado el Gobierno por la ley de 23 de febrero de 1855, para dar en garantía de las operaciones de crédito que hiciera el Tesoro, los títulos del 3 por 100, cuya emision se autorizó por la misma ley, se verificó una negociacion de 5.600,000 rs. en garantía de la cual se entregaron al acreedor 23.332,000 rs. que se obligó á devolver cuando se hiciesen efectivos los pagarés; pero este murió antes del vencimiento, y de las diligencias practicadas por el juzgado que previno la testamentaría resultó que una gran parte de aquellos títulos habian pasado á terceros poseedores. Sin embargo, considerando el Gobierno que el Tesoro tenia un derecho evidente á recoger, llegada la época del vencimiento y pago de los pagarés, los títulos entregados en garantía, *escitó al Tribunal que entendia en la testamentaría á que requiriera á los tenedores conocidos de los títulos para que los entregaran, prévio el oportuno resguardo, y se les diese ingreso en la Caja general de depósitos hasta la terminacion de aquella.*—Si el Gobierno hubiera creido irreivindicables los efectos públicos al portador, de seguro no habria escitado, ni el Tribunal habria decretado aquella retencion. —Verdad es que en el artículo 1.° mandó pagar los cupones de dichos títulos por la tesorería de Hacienda pública, ó por la Comision de Hacienda en París; pero esta paga no puede demorarse sin faltar á la obligacion contraida á favor del tenedor del título, mas esto nada prejuzga, por que si despues en el juicio sobre propiedad se declara la restitucion de los títulos, dicha restitucion se efectuará con los cupones ó intereses vencidos y pagados: conciliándose de esta suerte los derechos del tenedor que se presume dueño, entretanto que una ejecutoria no declare otra cosa.

diputados (II y III), son irreivindicables cuando se adquieren con buena fé, segun el Real decreto de 10 de setiembre de 1831; y en todas las disposiciones posteriores de Bolsa, se establece el mismo principio con estas ó las otras frases...

3.° En el acto de abonarse su precio, el dominio de los efectos públicos se trasfiere al comprador de una manera irrevocable, ó lo que es lo mismo, á estos actos vá unida la prescripcion de las acciones que contra el comprador pudieran dirigirse. Es ciertamente anómala esta disposicion, si se considera con arreglo á los principios de la legislacion comun; pero deja de tener este carácter, si se aprecian las consecuencias que la naturaleza de los efectos al portador debe producir.....

4.° La prescripcion legal existe y se encuentra consignada en las leyes posteriores al decreto de 1831, y ni las leyes comunes civiles, ni la restitucion del art. 116 del Código penal son aplicables al presente caso, sino al párrafo 3.° de dicho artículo que habla de la prescripcion de la cosa con arreglo á las leyes civiles...

5.° Los efectos públicos al portador, se dice por último, son semejantes al dinero, y por lo mismo, pueden recibirse de cualquiera sin averiguar su procedencia, bastando la simple entrega de ellos para trasferir su dominio de una manera irrevocable.

## VI.

1.° Cuando el 28 de abril de 1858 se representó en el Congreso de los diputados la escena ligeramente reseñada (II, III y IV), tenia estudiada y resuelta en conciencia la cuestion objeto de la misma; y tanto, que me lisongeo de haber contribuido á fijar el juicio vacilante de quien podia contribuir á establecer jurisprudencia. Las teorías de un profesor distinguidísimo, mas que por su ciencia, y cuenta que no es poca, por su busto fascinador, por su habla persuasiva y por su autoridad avasalladora, consiguieron dejar perplejos los juicios deliberantes. Entonces observé que, la cuestion sobre reivindicacion de los efectos públicos al portador no debia tratarse en la region de los principios, como economistas ni como legisladores, sino encerrarla dentro de los límites de la legalidad existente en España: este es el atributo del órden judicial, aplicar las leyes á los pleitos civiles y criminales (5).

---

(5) A los tribunales y juzgados pertenece esclusivamente la potestad de

2.° Por eso me causó gran sorpresa la lectura de los discursos pronunciados con motivo de la interpelacion aludida, y seguramente habria publicado entonces estas modestísimas reflexiones, si casi simultáneas y personales aflicciones no hubieran tenido arrobado mi espíritu. Yo creía, y sigo hoy creyendo, en la reivindicacion de los efectos públicos al portador, segun la legislacion española, cuando salen de su legítimo dueño por medio de un delito; me complacia la noticia de haber rectamente aplicado la Real Audiencia de esta corte las prescripciones soberanas vigentes sobre la materia, y los discursos parlamentarios pronunciados en contrario sentido me causaron malísimo efecto.

3.° ¿Y cómo no sufrir esta impresion, despues del rudo ataque dado á la institucion secular mas venerable, acusada de sacrilegio contra uno de los mas venerados dioses del nuevo olimpo, sin que se levantase voz alguna á vindicar satisfactoriamente los ultrajes inferidos al númen verdadero?.....

## Segunda parte.

### SUMARIO.

VII. §. 1.° No es cierto que los títulos al portador exijan que su dominio sea de quien los detenta. §. 2.° Son orígen de fraudes. §. 3.° Por eso los prohibieron nuestros legisladores. §§. 4.° y 5.° Su historia en Francia. §. 6.° último estado: los admitieron casi todas las legislaciones, y los Gobiernos los prefirieron para representar su deuda.—VIII. En los efectos al portador se distinguen dos relaciones distintas, la una entre el librador y el título, y la segunda, entre el crédito ó derecho que el título representa y las leyes reguladoras del dominio sobre los bienes muebles.—IX. §. 1.° Los dos objetos esenciales de los efectos al portador son, la fácil circulacion, y no cuidarse el librador del tracto sucesivo del título. §. 2.° Se sigue de aquí, que la obligacion del librador está solo relacionada con el título.—X. §. 1.° No obstante la obligacion al título, puede judicialmente interdecirse por un tercero que se crea dueño, como sucede con los valores nominativos. §. 2.° Nada hay en los títulos al portador que demande el sacrificio de las leyes reguladoras de la propiedad. §. 3.° Dichos títulos representan una cosa, un crédito, un derecho relacionados con las leyes sobre el dominio. §. 4.° Deduciéndose que la propiedad de estos valores se presume á favor del detenta-

---

aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado (artículo 66 de la Constitucion).

dor; pero sin perjuicio de que se pruebe lo contrario.—XI. §. 1.° Es inoportuno invocar el artículo 78 de la Constitucion. §. 2.° Los documentos públicos ó privados son la prueba de un derecho, mas no el derecho mismo. §. 3.° Confirmacion de este aserto con las leyes, decretos y Reales órdenes sobre la forma de espedir duplicados de títulos al portador, en casos de robo, sustraccion y pérdida de los primitivos.—XII. §§. 1.° y 2.° Refutacion de la idea consistente en que en España se hacen los empréstitos al 38 por 100 por causa de la reivindicacion.—XIII. §. 1.° Las causas influyentes á favor del crédito se encierran en dos, confianza en la buena fé del deudor, y seguridad de que sucesos esternos no le forzarán á faltar á sus obligaciones. §§. 2.° y 3.° La desconfianza es el instrumento dispuesto siempre á herir el crédito, sea cualquiera el ajente que la impulse.—XIV. §§. 1.° y 2.° Hay uniformidad de opiniones sobre que la desconfianza es perjudicial al crédito del deudor; pero hay divergencia de opiniones acerca de la reivindicacion de los títulos al portador. §§. 3.° y 4.° Se agitan tres opiniones, la absoluta de los interpelantes, la limitada de los modernos reformadores, y la reivindicacion constante de la escuela romana. §. 5.° Lo opinable no puede herir al crédito. §. 6.° Deduciéndose de todo que la reivindicacion no puede ser causa de la depreciacion de nuestros valores.

## VII.

1.° No tengo la creencia de exigir la índole y carácter de los efectos al portador, que su dominio sea de quien los detenta, *possideo, quia possideo*: en mi juicio, quien así se espresa discurre sin ilustrado criterio, y sin conocimiento exacto de las leyes de los pueblos mas civilizados de la Europa.

2.° Los efectos al portador son orígen de infinitos fraudes, y muy ocasionados á procesos civiles y criminales: bajo de este aspecto, son incuestionablemente preferibles los nominativos.

3.° Convencidos de aquella funesta propension, nuestros legisladores los prohibieron constantemente. En las famosas Ordenanzas de Bilbao, comprensivas de la legislacion mercantil vigente en la mayor parte del reino, hasta la publicacion del Código de Comercio sancionado en 1830, se ordenó que en los vales por dinero prestado se espresase, entre otros requisitos, la persona á quien debia hacerse la paga. Todavía fué mas esplícito el Código de Comercio de 1830, pues declaró ineficaces en juicio los pagarés en favor del portador sin espresion de persona determinada (6).

(6) Porque se practica entre comerciantes hacer vales por dinero prestado..... y en su formacion ha habido algunas variedades, dudas y diferen-

4.° Igual suerte cupo algun tiempo en Francia á esta especie de valores. Su primera forma consistía, dice un distinguido escritor (7), en un billete de pago de cierta suma, á favor de una persona cuyo nombre quedaba en blanco, sucediendo frecuentemente que se transmitían por infinitas manos sin quedar huella de ninguna de ellas; mas el Parlamento de Paris los prohibió por decisiones de 7 de junio de 1611 y 26 de marzo de 1624, motivadas en la funesta propension indicada.

5.° Para reemplazar esta especie de valores, añade el mismo escritor, se idearon los billetes al portador, pagaderos á la persona que los posee á la fecha de su vencimiento; pero estos billetes fueron prohibidos como los anteriores, por decreto de mayo de 1716, y restablecidos posteriormente: encerrándose la jurisprudencia de los tribunales del vecino imperio, sobre esta especie de valores, en las dos siguientes conclusiones: 1.ª que los billetes al portador, lejos de estar prohibidos por las nuevas leyes, están autorizados por la de 15 thermidor, año 3.° y que las disposiciones del Código civil que requieren en toda obligacion el nombre del acreedor, son aquí inaplicables; y 2.° que la obligacion al portador otorgada por ante notario, no está prohibida por ninguna ley, y dá al portador la facultad de proceder ejecutivamente contra el deudor.

6.° La varía suerte de los billetes al portador en España y Francia cabría probablemente á esta especie de valores en los demás países; mas sea de esto lo que quiera, el hecho cierto es que, la generalidad de los códigos mercantiles sancionados en los diferentes Estados de Europa, reconocieron eficacia civil á los efectos al portador, y que algunos Gobiernos prefirieron esa forma en los documentos representativos de las sumas que toman prestadas y constituyen la deuda pública.

## VIII.

El exámen juicioso de la índole y naturaleza de las obligaciones

---

cias, se previene y ordena que en los tales vales se ha de espresar la cantidad, dónde se ha de hacer la paga, en qué término *y á quién*, con la fecha y firma entera; núm 1, cap. 14 de las Ordenanzas de Bilbao.—Los pagarés en favor del portador, sin espresion de persona determinada, no producen obligacion civil ni accion en juicio. Código de Com., art. 571.

(7) M. D. Dalloz Ainé, *Repertoire methodique et alphabetique de legislation, de doctrine et de jurisprudence*, verb. *effets de comerce*, números 920 al 923 inclusives.

y derechos de los efectos al portador, requiere distinguir en ellos dos relaciones distintas. La una, la especialidad de las obligaciones y derechos constituidos entre el librador del título al portador y el título mismo, y la otra, la relacion del crédito representado por ese mismo título al portador, con las leyes reguladoras del dominio sobre los bienes muebles, en los países donde están admitidos los efectos comerciales ó públicos al portador: gran parte de los errores cometidos en la materia proceden, en mi juicio, de no haber alcanzado á percibir, ó establecer, esta importantísima distincion.

IX.

1.° Cuando el Gobierno de un Estado, de una sociedad mercantil, ó un particular emiten obligaciones escritas en un documento al portador, se proponen evidentemente dos objetos esenciales, inconciliables con las obligaciones nominativas, á saber: facilitar la circulacion de estos valores, y eximirse de toda responsabilidad en las contiendas que puedan suscitarse con ocasion del tracto sucesivo, de una en otras manos, sobre el dominio de los créditos representados por dichos títulos: comparadas las ventajas é inconvenientes de los títulos nominativos y al portador, cualquier hombre de negocios de regular criterio se persuadirá de ser aquellas dos condiciones las escelencias que recomiendan los efectos al portador, y los hacen aceptables, no obstante sus reconocidos inconvenientes (VII. §§. 2.° y 3.°).

2.° Pues si la fácil é irresponsable trasmision, son las condiciones especiales de esta especie de valores, su aceptacion supone necesariamente la obligacion directa del emitente á favor del título emitido: cualquiera que presenta á su vencimiento el efecto al portador, ese tiene personalidad para requerir la paga, y si se hace, queda bien é irresponsablemente consumada. Porque el librador no puede negarse, sin lastimar su crédito, á realizar una obligacion relacionada solo con el título que se le presenta, así como tampoco puede negarse al pago de un crédito nominativo, despues de identificada la persona á cuyo nombre fué espedido.

X.

1.° Al modo que un vale á la órden de persona determinada es eficaz civilmente desde el punto mismo en que vencido el plazo se presenta identificado el acreedor, y esto no obstante, las leyes civiles y de procedimientos sancionan remedios conservadores de los

derechos de un tercero, por virtud de los cuales se interdice ó suspende la paga sin lastimar el crédito del librador, ajeno absolutamente al motivo de la interdiccion (8), del propio modo, la condicion especial del vale pagadero al portador, es tambien sin perjuicio de que el tercero asistido de algun derecho lo ejercite ante los tribunales: es absurdo creer que pueden circular libres como el viento (II, §. 6.°), unos valores sujetos á las condiciones legales de la riqueza mueble, siendo esta su segunda relacion antes mencionada (VIII).

2.° Si la índole y naturaleza de los efectos al portador requieren que el emitente reconozca como acreedor solo al poseedor del título, nada hay en ellos que demande el sacrificio de los principios de justicia que cada pueblo ha creido conveniente sancionar en sus legislaciones comunes, acerca del dominio de las cosas; y aun cuando lo demandase, deberia desecharse como perniciosa una institucion inconciliable con los sagrados derechos de la propiedad.

3.° En buen hora que el emitente de un efecto al portador esté solo obligado al título: esto mismo sucede con los billetes de lotería pagaderos al portador, aun cuando carezcan de esta espresion. Mas juntamente con la relacion entre el portador del título mismo y el librador, ese título representa una cosa, un crédito, un derecho; ese derecho está regulado y relacionado por las leyes protectoras del dominio sobre las cosas muebles; esas leyes prescriben el modo y forma de adquirir y perder el dominio, y ciertamente serian inútiles todas estas soberanas prescripciones, envolverian una redundancia censurable, si frente á frente de esas mismas prescripciones se escribiesen otras, ordenando que la circulacion de los efectos al portador fuese libre como el viento; que contra ellos no se diese accion reivindicatoria, y que pueden recibirse de cualquiera sin averiguar su procedencia, bastando la simple entrega de ellos para trasferir su dominio de una manera irrevocable. Los billetes de lotería son siempre al portador: ¿y quién ha negado jamás que esos

(8) El embargo del valor de una letra solo puede proveerse en los casos de pérdida ó robo de la letra, ó de haber quebrado el tenedor (*Cód. de Com.*, art. 497).—Siempre que por persona conocida se solicite del pagador de una letra la retencion de su importe, por alguna de las causas que se refieren en el artículo precedente, debe detener su entrega por lo restante del dia de su presentacion; y si dentro de él no le fuese notificado el embargo formal, procederá á su pago (*Id.*, 498).

billetes pueden ser objeto de retenciones provisionales, de acciones reivindicatorias, y de cualesquier otros preceptos judiciales protectores de la propiedad?.....

4.° Del respeto que recíprocamente es debido á las dos condiciones distintas existentes en los efectos al portador (VIII), se deduce que la propiedad de estos valores se presume á favor del poseedor; pero que esta presuncion no es irrevocable, sino dependiente del éxito de las pruebas judiciales suministradas para convencer ser otro, y no el detentador, el legítimo dueño. Entre tanto que no exista un decreto judicial, provisional ó definitivo, el poseedor de un efecto al portador es el único acreedor del librador: esto solo exige la índole especial de la obligacion al portador, la cual queda estinguida desde el punto mismo de recogerla el obligado. Mas si se contiende en los tribunales sobre la propiedad de uno de esos valores; si en el curso del litigio, ó en la ejecutoria, se decreta la interdiccion de un efecto al portador, ó la restitucion á su verdadero dueño, y en ambos casos es formalmente requerido el librador, el punto referente á su obligacion queda intacto; la contienda es puramente de dominio, y por tanto ajena al crédito del Gobierno, de la empresa ó del particular obligados.

## XI.

1.° Supuestas las anteriores observaciones, fácil es comprender la inoportunidad con que se invoca el art. 78 de la Constitucion política, el cual pone la deuda pública bajo la salvaguardia de la nacion (II. §. 6.°): esta invocacion seria oportunísima, si el Gobierno descuidase el pago de sus obligaciones al vencimiento de un efecto al portador; mas carece de aplicacion racional cuando no se trata de la relacion entre el título y el librador, sino de un litigio sustentado entre dos personas que pretenden ser dueños del crédito ó derecho representado por ese mismo título. Volvemos á repetirlo: esta no es cuestion de crédito, sino una contienda sobre el dominio de un mueble sometido á las leyes reguladoras de esta especie de propiedad, segun las respectivas leyes de cada país.

2.° Demostrado, en mi juicio, que el poseedor de un efecto al portador se presume ser dueño de él mientras no se pruebe lo contrario (X. §. 4.°), que la obligacion del librador de dicho efecto es directa al título (IX. §. 2.°), que esta obligacion se estingue desde el punto mismo de recoger el título al portador el obligado (X. §. 4.°),

y que la índole especial de estos valores requiere dejar absolutamente exento al librador del resultado de las contiendas que pudieran suscitarse con ocasion del tracto sucesivo, de una en otras manos, sobre el dominio de los créditos representados por los efectos al portador (IX. §. 1.°), todavía se ofrece al exámen un punto importantísimo de derecho resuelto por las leyes comunes, segun las cuales deben resolverse todos los casos semejantes ó análogos, mientras una ley especial no limite su uso. Los documentos públicos ó privados no son otra cosa sino la prueba de un derecho, mas no el derecho mismo, y en el sentimiento universal está que no se pierde el derecho á un inmueble, ó á un crédito, si el dueño ha perdido ó le han sustraido la escritura ó el vale justificativo de sus derechos. Existen medios legales de subsanar la pérdida de un protocolo, y los vales al portador se subsanan por otros cuando perecieron ó fueron robados, sustraidos, etc.

3.° En confirmacion de este aserto, invocaremos el texto de diferentes soberanas disposiciones dictadas desde 1827 hasta el dia, mandando espedir duplicados de los documentos de créditos estraviados, destruidos ó robados, sea en poder de personas particulares, ó en el curso ordinario de las oficinas del Estado, prévias las formalidades establecidas al efecto (9); cuyo duplicado no se daria,

(9) Por Real órden de 20 de setiembre 1827, se mandó, de conformidad con el parecer del Consejo de Hacienda, facilitar á los interesados el duplicado del crédito allí indicado, y que se siguiese la práctica que en semejantes casos observaban los establecimientos del Banco de San Cárlos y Cinco Gremios Mayores de Madrid; de obligar á los interesados á que acudan ante un juez, quien penetrado de las causas del estravío del documento, providencia y pasa el correspondiente oficio para que se espida otro por la oficina correspondiente, *acompañando copia ó testimonio de la obligacion ó fianza de mejor derecho que debe preceder*. Esto mismo se ordenó por Real órden de 18 de julio de 1830, respecto de los documentos de crédito ó vales reales que hubiesen padecido estravío, sea en poder de personas particulares, ó en el curso ordinario de las oficinas de Hacienda. Por otra Real órden de 26 de junio de 1837, se mandó que contuviese hipoteca especial la escritura de fianza que se otorgase *para recibir créditos de la deuda del Estado* en equivalencia de otros estraviados; y en 1.° de octubre siguiente, las Córtes autorizaron al Gobierno, para que á favor de los dueños de títulos al portador, quemados con la correspondencia pública, se espidiese un estracto de inscripcion, con la espresion de no negociable hasta la próxima renovacion de los títulos, satisfaciéndose entre tanto á los mismos tenedores del papel los intereses, prévia una fianza á satisfaccion de las oficinas del Gobierno; entendiéndose esta medida mientras durasen aquellas circunstancias. Por último, en 10 de mayo de 1852 se dictó una Real órden mandando espedir duplicados de varios títulos sustraidos de las

si, como algunos suponen, *documento al portador* quisiese decir que es solo de quien le detenta: por que ni el robo, ni la sustraccion, ni la pérdida suponen la destruccion del título primitivo, y sin embargo en todos estos casos se entrega un duplicado. De donde se sigue que, si al siguiente dia de librarse dicho duplicado con las formalidades prevenidas, se presentase el portador del título primitivo, se trabaría un litigio, sobre el dominio del crédito ó derecho representado por esos mismos títulos, de la competencia esclusiva de los tribunales de justicia. Entre tanto, el librador permanecería estraño á esa misma cuestion, esperando la declaracion de quien era su legítimo acreedor con arreglo á las leyes, y garantizado con la fianza de *acreedor de mejor derecho*, si obtuviese favorablemente en la con-

---

oficinas de Búrgos, Barcelona, Coruña y Zaragoza, añadiendo que cuando ocurran sustracciones de igual naturaleza, la Junta de la Deuda consulte al Gobierno lo que en cada caso considere mas conveniente.—Además de estas disposiciones generales, ilustrarémos este punto con algunos casos particulares resueltos por la administracion pública y por los tribunales de justicia. En la *Gaceta de Madrid* de 29 de julio de 1857 circuló la Direccion genera del Tesoro público, que habiendo sido quemados con la correspondencia de Málaga los 28 billetes del anticipo de 230 millones, cuya numeracion se espresa, la Direccion habia acordado ponerlo en conocimiento del público, para que si se presentase alguno con la misma numeracion sean tenidos desde luego por ilegítimos. En causa seguida en el Juzgado de Lavapiés de esta corte contra D. J. S. y S., conductor de correos por sustraccion de 13 documentos de la Deuda del Estado, importantes 171,942 rs., remitidos por D. Pedro Pascual Vela, desde Cádiz, á 18 de marzo de 1852, á su hermano D. Manuel, residente en esta corte, resulta al fólio 214: que en el Juzgado de Hacienda se habia seguido espediente á instancia del Don Manuel Pascual, sobre espedicion de duplicado de los 13 documentos de la deuda del 5 por 100 que se habian estraviado; cuyo espediente terminó mandando espedir el duplicado de dichos documentos, prévia la oportuna fianza. En la *Gaceta* del lunes 17 de octubre de 1859 se publicó esta sentencia: «En los autos seguidos en el Juzgado del distrito del Prado de esta corte..... entre D. J. P. S., como apoderado de....., y el Director gerente de la sociedad del ferro-carril de Langreo, sobre que por ésta se espidan nuevas inscripciones de 15 acciones al portador, núms. 1140 al 1154, que se estraviaron en la noche del 17 de julio de 1854....., se ha dictado auto en vista mandando que la citada sociedad espida las nuevas inscripciones al portador por las referidas 15 acciones núms. 1140 al 1154..... presentándolas al Juzgado para trasladarlas á la Caja general de depósitos, de donde no podrán ser estraidas hasta pasados cuatro años....., y que se publique esta determinacion en los periódicos oficiales de París, Lóndres y de esta corte; apercibiendo á cualesquiera personas que pudieran tener derecho á aquellas, que pasado dicho término sin haberse presentado á deducirlo, se entregarán á la testamentaría, no admitiéndose reclamacion alguna en contrario hecha con posterioridad.»

tienda el portador del título primitivo (10). Esta doctrina, y las noticias que la ilustran, convencerán á los sustentadores de la no reivindicacion de los documentos al portador, de que estos no son así llamados por que lleven consigo *la promesa formal de no reconocer otro dueño que al que le tenga en su poder*; sino en contraposicion á los títulos nominativos, los cuales llevan inscritos el nombre de la persona á cuyo favor están espedidos.

## XII.

1.° Aun produce mayor sorpresa el oir al orador interpelante atribuir la depreciacion relativa de los efectos públicos de España, á existir de mucho tiempo el mal de la reivindicacion de estos valores: los tribunales, decia, fallan en sentido favorable á la reivindicacion; el mal existe hace mucho tiempo, y no se remedia, siendo esta la causa porque los empréstitos se hacen en España al 38 por 100, en vez del 60 ú 80, como en otros países (II. §. 7.°).

2.° Desde luego se convence á primera vista la exajeracion de aquel aserto, recordando el exíguo número de casos de reivindicacion de títulos de la Deuda pública ocurridos en la Real Audiencia de Madrid, llamada casi esclusivamente al conocimiento de este

(10) Para que los Diputados interpelantes y el autor del folleto á que antes hemos aludido no crean que estas doctrinas son contrarias al crédito de los títulos al portador, nos permitirémos traducir algunas ideas de las que consigna Mr. Dalloz en su *Repertorio de legislacion, doctrina y jurisprudencia*, palabra *efectos al portador*, núm. 925. Uno de los medios de crédito mas seguros, dice, es evidentemente el de prevenir á los poseedores de acciones al portador, en cuanto sea posible, contra los riesgos de robo ó de pérdida. ¿Qué daño puede resultar de esto á las compañías, si ellas obtienen garantías suficientes, para el caso en que las acciones perdidas ó robadas viniesen á ser presentadas por un tercer portador? Ellas no pueden temer ser mezcladas en los procesos que se agiten entre el portador y el que se dice legítimo propietario, limitándose á consignar los dividendos referentes á las acciones legítimas..... El autor citado cree que para negarse á dar el duplicado serian precisas algunas estipulaciones, y sobre todo que fuese imposible identificar los valores perdidos ó robados, porque éstos no tuviesen ningun signo propio á reconocerlos, citando como ejemplo los billetes del Banco de Francia, y luego concluye: Nos parece, en consecuencia, que por analogía con los arts. 152 y siguientes del Código de Comercio, se deberia autorizar al propietario de una accion perdida, para exigir el pago en virtud de mandato judicial y prévia caucion. Así fué decidido en un caso de pérdida de acciones al portador, por consecuencia de un robo comprobado judicialmente; declarándose que el propietario tiene el derecho de obtener nuevos títulos por la compañía, prévias las garantías suficientes. Contra esta decision se interpuso recurso de casacion, y fué desestimado.

género de cuestiones, por ser la Bolsa de la corte el único mercado donde tienen cotizacion oficial esos valores; mas como si la banca entera de la corte de España hubiese querido protestar contra la teoría sustentada por el orador aludido, mientras bajo las bóvedas del Congreso de los Diputados se cantaba el salmo *de profundis* á la muerte del crédito, por haberse fallado la restitucion á su legítimo dueño de los títulos que le fueron robados al ser conducidos por el correo, resonaba el *hossana* en los círculos de la Bolsa: pues cotizados el dia 27 el consolidado á 39-30 y el diferido á 27-20, el 28, dia de la interpelacion, mejoraron 5 cénts. cada uno de dichos valores, y el dia 29 el 3 por 100 consolidado subió á 39-40 cénts., si bien el diferido quedó á 27-20. Estos datos, tomados de las cotizaciones oficiales de aquellos dias, á las cuales nos referimos, convencen la exajeracion é inaxactitud de las opiniones de los interpelantes y sus secuaces, sobre los motivos de depreciacion relativa de nuestro crédito. Si la opinion general temiese los efectos de la reivindicacion de los valores públicos al portador, ese temor habria influido instantáneamente en los cambios realizados en el mercado: porque nada hay mas suspicaz ni receloso que el interés privado. A semejanza del barómetro, antes de asomar una nubecilla por los horizontes financiero, diplomático ó político, su aparicion se anuncia, con horas ó minutos de antelacion, en las columnas de la Bolsa.

## XIII.

1.° Las causas influyentes en la conservacion y fomento del crédito son infinitas; pero todas ellas pueden reducirse á dos, á saber: el juicio ventajoso que forma el acreedor de la conciencia del deudor, con relacion al cumplimiento de sus obligaciones, y 2.° La confianza, la seguridad que tiene ese mismo acreedor de que no se alterará el órden moral y material, dentro y fuera del reino, en términos de forzar á su deudor á suspender el pago de sus propias obligaciones: difícilmente existirá una causa influyente en la depreciacion del crédito, que no esté encerrada en una de aquellas dos clasificaciones.

2.° Un deudor que descuida sistemáticamente sus obligaciones; que en períodos mas ó menos regulares lleva forzados á sus acreedores á un concurso, donde irremisiblemente tienen que optar entre perder el todo, ó la mitad, tercera ó dos terceras partes de sus créditos; un deudor que gasta notoriamente mas de sus ordinarios in-

gresos, y esto no obstante suprime recursos permanentes y los reemplaza con el eventual y pernicioso de aumentar su pasivo; un deudor que señala ciertos productos para cubrir el todo ó parte de sus obligaciones, y luego los distrae consultando solo su voluntad ó capricho; un deudor de semejante especie, ora sea el ente moral Gobierno, ora una empresa, ora un particular, propietario, industrial, banquero ú comerciante, ese deudor hace por su parte todo lo posible para desconceptuarse, y de seguro sufrirán sus obligaciones una gran depreciacion en el mercado. La demostracion práctica de la realidad de las causas enumeradas y otras semejantes, las hallará el lector en el catálogo de sus propias esperiencias, sin necesidad de producirla aquí por medio de ejemplos tal vez inconvenientes.

3.° Mas á veces vienen causas esternas á forzar la situacion del deudor, obligándole á desmentir el ventajoso concepto que de él se tiene. Las agitaciones y revueltas políticas, tan frecuentes en estos tiempos, en casi todos los Estados del mundo; los preludios de una disension diplomática; los rigores de una guerra entre algunas de las principales potencias, y los temores de que la lucha pueda ser general; las consecuencias funestas del abuso que se hace universalmente del crédito: estas y otras causas, mas ó menos secundarias, vienen de vez en cuando á despertar la desconfianza, instrumento dispuesto siempre á herir el crédito, sea cualquiera el ajente que le impulse.

## XIV.

1.° Mas esta desconfianza, enemiga irreconciliable del crédito, se refiere siempre al concepto bueno ó malo del deudor: no ha existido, no existe ni puede existir controversia racional, sobre ser favorable al crédito el concepto ventajoso que se tiene del deudor, y desventajoso, el concepto desfavorable que inspira ese mismo deudor. El crédito crece ó disminuye, segun la facilidad con que el deudor realiza sus obligaciones: esta es una verdad incuestionable é incuestionada.

2.° No existe igual uniformidad de opiniones acerca de la conveniencia ó inconveniencia de sujetar los efectos públicos á la accion reivindicatoria derivada del dominio de una persona, sobre los bienes muebles ó inmuebles. No busquemos sustentadores de exageraciones semejantes á la de comparar la circulacion de los valores al portador con la del aire, porque ciertamente no hallariamos muchos sectarios de esta doctrina: la divergencia formal de opiniones existe

entre los sustentadores de la ilimitada reivindicacion de los efectos al portador, y los que circunscriben esta accion al caso de haberlos adquirido sin las formalidades prescriptas para las enajenaciones de los muebles.

3.° Séanos permitido, sin embargo, observar que, si los valores al portador pierden todas sus ventajas desde el punto mismo de someterles á la reivindicacion; si esta clase de valores *son incompatibles con la reivindicacion*, como con mas arrogancia que criterio pronunció uno de los partidarios de la circulacion de los títulos, libre como el aire (III. §§. 2.°, 3.° y 4.°); entonces, en todas las naciones se ofende mas ó menos el crédito, tal como le entienden los sustentadores de aquellas opiniones; porque ni en Francia, ni en Inglaterra, ni en Wurtemberg, ni en Baden, ni en los Estados Unidos, ni en legislacion alguna de las consultadas existen los valores al portador de la manera escepcional supuesta. En dichas legislaciones, esos valores están comprendidos entre la riqueza mueble, y siguen mas ó menos la suerte deparada á esta especie de bienes: de donde se sigue, que en ninguno de los pueblos citados se tiene la creencia de ser incompatible la accion reivindicatoria con las condiciones especiales de los efectos al portador.

4.° Sea de esto lo que quiera, el hecho cierto es que, sobre el punto referente á la reivindicacion de los efectos al portador, no existe la unidad de opiniones observada acerca de los motivos deprimentes del crédito del librador. Hay quienes opinan que su circulacion debe ser libre como el aire, siendo incompatibles con la accion reivindicatoria esta especie de valores, y á este número pertenecen los interpelantes. Hay tambien quienes opinan que los valores al portador están comprendidos dentro de la riqueza mueble, y que respecto de los muebles, *la posesion es título* cuando son adquiridos en la forma legal, y de esta escuela son muchos de los modernos reformadores; y hay en fin quienes, sin distinguir la propiedad mueble de la inmueble, exigen siempre el dominio en el tradictor, otorgando, sin distincion de casos, la accion reivindicatoria al verdadero dueño contra cualquier detentador de la cosa: esta última escuela es la romana prevaleciente donde, como en España, aun rendimos culto á los principios de aquella sapientísima legislacion.

5.° Conste, pues, la divergencia de opiniones acerca de los valores al portador, existiendo quiénes los creen incompatibles con la reivindicacion, quiénes la limitan, al caso de haberlos adquirido sin

forma legal, y quiénes la estienden á todos los casos en que salieron de poder de su dueño por medio de un delito. Esta divergencia supone el punto opinable, la existencia de razones en pró y en contra, y lo que es opinable y discutible no puede racionalmente creerse contrario al crédito. Los partidarios de la libérrima circulacion de los efectos al portador creen que aplicándoles la reivindicacion no habrá quien deposite en ellos su fortuna (II. §. 2.°); pero yo tengo la creencia de que será muchísimo mayor el número de padres de familia que reusarían dejar á sus hijos su fortuna en efectos al portador, si se sancionase la doctrina *absoluta* de que su posesion es título, y que no podrian reivindicarlos, aun cuando hubiesen salido de su poder por medio de un robo, y se hubiesen comprado clandestinamente.

6.° De todo se deduce, que la legislacion y jurisprudencia de los tribunales españoles favorable á la reivindicacion no es ni puede ser la causa de que los empréstitos se hagan en España al 38 por 100, en vez del 60 ú 80, como en otros países. Entre diversas causas mas ó menos secundarias, la principal de esta diferencia consiste en el mayor valor del dinero en España. El interés menor exigido en Madrid, plaza quizá la mas concurrida de capitales de España, es del 6 y 7 por 100 con garantía saneada, y aun son muy frecuentes los préstamos al 8 y al 10 por 100 con esa misma garantía. Por esto, los valores de los efectos públicos tienden todos á nivelarse, y la nivelacion está en un 7 por 100, término medio del interés del dinero en la capital de España, y mientras este fenómeno subsista, el Gobierno continuará haciendo sus empréstitos al 38 ó 40 por 100, entretanto que otros Gobiernos colocarán los suyos al 60 ú 80, por ser ordinariamente el 3 ó 4 por 100 el interés del dinero en sus respectivos países. No es, pues, la existencia de la accion reivindicatoria la causa de la depreciacion de los efectos públicos españoles; si esta fuese, lo propio sucederia en todos los mercados del mundo: porque en todos ellos son mas ó menos reivindicables esta especie de valores, cuando han salido de poder de su dueño por medio de un delito, y se han adquirido *sin la forma legal.*

## Tercera parte.

### SUMARIO.

XV. §. 1.° En ningun país existen leyes especiales reguladoras del dominio sobre los efectos públicos al portador. §. 2.° Las mismas razones invocadas á favor de los efectos públicos al portador, existen á favor de cual-

quiera mueble no individualizado. §. 3.° La verdad es que, al resolver el legislador este punto, opta entre dos inconvenientes de gran monta.—XVI. §§. 1.°, 2.° y 3.° Bases de las legislaciones romana y canónica sobre la propiedad.—XVII. §. 1.° Nuestros legisladores siguieron la doctrina romana. §§. 2.°, 3.° y 4.° Exámen del Fuero Real y de las leyes de Partida. §§. 5.°, y 6.° Conformidad del art. 116 del Código penal con las leyes anteriores. §. 7.° Esta congruencia supone que los redactores del Código penal no creyeron que los títulos al portador exigian disposiciones especiales.—XVIII. §. 1.° Al frente de la escuela romana se ha alzado la germánica proclamando que la posesion es título en los muebles. §. 2.° El Código Napoleon siguió este principio. §. 3.° Pero varios reformadores siguieron el romano. §. 4.° Otros siguieron el Código francés por respeto al comercio y á las subastas públicas. §. 5.° Pero esta doctrina está en contradiccion con las legislaciones romana y española.—XIX. §. 1.° Real decreto de 10 de setiembre de 1831, creando la Bolsa de Madrid. §. 2.° Su objeto principal. §§. 3.° y 4.° Medios indirectos de conseguir que los efectos públicos se vendiesen en Bolsa, y efectos legales de estas ventas.—XX. §§. 1.° y 2.° El Real decreto de 10 de setiembre de 1831 está derogado en todas sus disposiciones. —XXI. §§. 1.° y 2.° Argumentos de los que sustentan que el art. 7.° de dicho Real decreto no está derogado. §§. 3.°, 4.°, 5.° y 6.° Refutacion de los anteriores argumentos. §§. 7.°, 8.° y 9.° Si la ley de 1846 calló sobre la reivindicacion, fué para dejar sometido este punto á la legislacion comun, imitando el sistema de las Bolsas de París y Lóndres.—XXII. §§. 1.° 2.°, 3.° y 4.° Las disposiciones del Código penal, derogan tácitamente el artículo 7.° del Real decreto de 1831. §§. 5.° y 6.° Principios contrarios de que partieron dicho art. 7.° y el 116 del Código penal.—XXIII. 1.°, 2.° y 3.° Impugnacion de las opiniones de los que sustentan que los títulos al portador se prescriben tan luego como se pagan.—XXIV. §§. 1.°, 2.° y 3.° Que aun cuando los títulos al portador estuviesen equiparados á la moneda robada, etc., su restitucion procederia.—XXV. §§. 1.°, 2.°, 3.°, 4.° y 5.° Lo propio sucede con los billetes de Banco. §. 6.° Medios de remediar la alarma consiguiente á estos sucesos.—XXVI. Conclusion.

## XV.

1.° No es cierto que los derechos representados por los efectos públicos al portador constituyan una propiedad singular, la cual requiere una legislacion especial. Ni en España, ni en Francia, ni en parte alguna, que sepamos, existen leyes especiales reguladoras de los derechos sobre los efectos públicos al portador; estos se rigen por las prescripciones del derecho civil sobre los bienes muebles, y por consiguiente, siguen la suerte generalmente trazada á esta especie de riqueza.

2.° Y pensando juiciosamente ¿por qué se ha de permitir reivindicar un relox, una cadena, un alfiler ú otra cualquier alhajá construida sin ningun signo que las individualice, aun cuando se hallen en un tercero adquirente de buena fé, y no se ha de otorgar igual reivindicacion respecto de un efecto público ó mercantil robado? Se contesta (III. §. 2.°), por que al aceptar un billete de 200 rs., seria menester tener á la vista la historia larga de este billete; pues al comprar ó permutar una cadena de ciento, seria igualmente preciso traer su historia, y si injusto es privar al comprador de un efecto público porque lo adquirió de quien lo habia robado, no habría menos injusticia en privar de un alfiler, relox ó cadena á quien los adquirió con igual buena fé, de quien no era su dueño.

3.° La verdad es que, al resolver sobre este y otros puntos de legislacion civil y penal, el legislador opta entre dos inconvenientes de grandísima monta. De un lado vé la causa del legítimo dueño de un objeto mueble, invocando sus derechos robados, y de la otra se halla quizá con un comprador de buena fé, invocando á su favor sus respetabilísimos títulos. ¿Qué hacer en semejante conflicto?... Los legisladores de ciertos pueblos han preferido la condicion del dueño en todos los casos, mientras que ciertos otros limitaron la preferencia del anterior dueño al caso en que la cosa mueble se hubiese vendido sin las formas legales; pero siguieron la suerte del comprador, si este la adquirió con sujecion á las formalidades de antemano establecidas.

## XVI.

1.° La legislacion romana cimentó la propiedad sobre bases solidísimas; lo mismo hizo con la familia: ambos son grandes elementos de estabilidad y reposo de las naciones. Por eso el instinto revolucionario tiende siempre á relajar las leyes, especialmente, en sus relaciones con la propiedad: las revoluciones sociales necesitan un interés para consolidarse, y el mayor de todos los intereses es variar la forma de la propiedad.

2.° Era una base de la propiedad entre los romanos, que donde quiera estuviese la cosa allí clamaba por su dueño. Así, pues, si el vendedor disponia de bienes del dominio de un tercero, solo quedaba al comprador accion para reclamarle su estimacion con los daños y perjuicios; pues el verdadero dueño podia reivindicar la cosa

del comprador, á no ser que este la hubiese usucapido (11).

3.° El derecho canónico sancionó tambien la doctrina de la legislacion romana acerca de las inflexibles consecuencias del derecho de propiedad; pues segun la regla 79 de las sancionadas como preceptos generales, *nemo potest plus juris transferre in alium, quam sibi competere dignoscatur.*

## XVII.

1.° Imbuidos en estas doctrinas, nuestros legisladores reconocieron unánimemente la conveniencia de sancionarlas en nuestros cuerpos legales, y esa sancion existe en el Fuero Real, en las Siete Partidas, y en el Código penal hoy vigente: no obstante la distancia que separa los tiempos en que vieron la luz aquellos cuerpos legales, sus autores rindieron siempre culto á los sábios, á la par que fecundos principios de la legislacion romana.

2.° El Fuero Real, primer cuerpo de leyes concebido por el Santo Rey Fernando, y publicado por D. Alfonso el Sábio, con el ostensible propósito de darlo como fuero municipal y de esta suerte ir introduciendo la unidad en el caos del elemento local á la sazon dominante; este importantísimo fuero declaró la suerte del *que comprare lo ageno non lo sabiendo*, y la nulidad del acto de *vender lo ageno sin mandado de su dueño.* El comprador de buena fé no incurriria en pena, si alguno le vendia *cosa agena*; pero estaba obligado á restituir á su dueño la cosa comprada, repitiendo contra el vendedor el precio, las despensas que hubiese hecho en la cosa vendida, y los perjuicios sufridos. Esto mismo se disponia para las donaciones y permutas; pero si el comprador sabia que el vendedor no era dueño de la cosa vendida, no solo estaba obligado á la restitucion, con todos sus frutos é intereses, sino tambien á la pena del duplo impuesta al vendedor (12).

3.° Conformes en su fondo con el Fuero Real, las leyes de Partida son mas esplícitas con relacion á la materia que nos ocupa. Si uno vendia á otro la cosa de un tercero en nombre de este, y el tercero despues confirmaba la venta, el contrato se convalidaba; pero si la venta de cosa ajena se hacia á nombre de quien no era su

---

(11) Ley 30, §. I, D. *de act. empt.*—Cód. lib. IV, tít. LII, §. 5.°—Cod. lib. VIII. tít. XLV, §. 25.....

(12) Leyes 6.ª y 9.ª, tít. 10, lib. 3, del Fuero Real.

dueño, debia distinguirse si el comprador sabia ó ignoraba *que non es la cosa de aquel que ge la vende.* En el primer caso, es decir, si el comprador era de mala fé, no solo estaba obligado á restituir la cosa á su dueño, sino que no podia prescribirla, y generalmente, ni aun demandar el precio dado al vendedor; pero en el caso segundo, esto es, si el comprador creía de buena fé al vendedor dueño de la cosa, entonces puede prescribirla, y demandar *en todas guisas* el precio dado por la cosa injustamente vendida (13).

4.° Las prescripciones mencionadas del Fuero Real y las Siete Partidas son generales; ninguna limitacion contienen á favor de determinada especie de valores, y por lo mismo, su eficacia es incuestionable para todas las cosas que constituyen la riqueza mueble ó inmueble. Convencidos de esta idea, nos sorprendió oir á uno de los oradores aludidos, que para convencer la incompatibilidad de la reivindicacion con los efectos al portador (III. §. 3.°), no habia necesidad de recordar lo que se hizo en tiempo de Ballesteros, ni necesidad de recurrir á las legislaciones especiales. «La cuestion está ya resuelta, añadió, en nuestras leyes seculares, porque es cuestion de derecho comun... pues aunque el autor de las Partidas no leyó en las estrellas el advenimiento del crédito.... pero consignó en aquel código los principios eternos de la justicia»... Al leer este período, casi testualmente trascrito, cualquiera creería que, en el Código maravilloso que dió á su autor el renombre de sábio, existiría precepto alguno favorable á la irreivindicacion de los efectos muebles ó de los derechos comprendidos en documentos á favor de incierta ó de determinada persona; pero nada menos que eso. Las *leyes seculares* de España no resuelven la cuestion en el sentido supuesto por el orador aludido: la resolucion es contraria, segun queda plenamente demostrado.

5.° Mas aun, el Código penal fué recientemente redactado y sancionado, y su artículo 116 es la sintésis fiel de la doctrina apoyada constantemente en la *legislacion secular* de España. Dicho artículo declara que, la restitucion de la cosa objeto de un delito deberá hacerse *siempre que sea posible*, aunque se halle en poder de un tercero, y este la haya adquirido por medio legal, salva su repeticion contra quien le corresponda: solo tiene una escepcion esta regla;

(13) Leyes 19 y 54, tit. 6, Part. V.

cuando el tercero ha prescripto la cosa, con arreglo á las leyes civiles.

6.ª Existe, pues, la mas perfecta armonía entre la legislacion civil y penal de España, no obstante que entre aquella y esta media un espacio de siglos, y no obstante tambien que, si D. Alfonso el Sábio, y los jurisconsultos que le auxiliaron en su famosa empresa, no vieron en las estrellas el advenimiento del crédito, los redactores del Código penal vigente le vieron, reconocieron y apreciaron bajo todas sus actuales formas y condiciones, y sin embargo nada innovaron. Las leyes del Fuero y de las Partidas declaran la obligacion de restituir á su dueño la cosa vendida por quien no lo era, y esta misma obligacion está sancionada en el Código penal. Las primeras, reservan su derecho al comprador de buena fé para repetir el precio, daños y perjuicios contra el vendedor, y el segundo otorga igual derecho á quien hubiese adquirido la cosa por medio legal. Aquellas declaran que el comprador de buena fé puede adquirir por tiempo el dominio de la cosa vendida por quien no era su dueño, y este esceptúa de la obligacion de restituir, al tercero que prescribió la cosa con arreglo á las leyes civiles.

7.º Esta congruencia entre las legislaciones antigua y moderna, civil y penal, supone racionalmente que el advenimiento del crédito, bajo la forma artística con que hoy es conocido, no constituye, á los ojos de nuestros legisladores, un ser de organizacion singular y cuya existencia requiera forzosamente un libro esclusivo en nuestros códigos. La opinion contraria envuelve un agravio á los redactores del Código penal vigente, entre los cuales se hallaban la mejor y mas granada parte de nuestros jurisconsultos. ¿Qién les hará la injusticia de suponer que, por imprevision ó ignorancia, no esceptuaron de la restitucion general del artículo 116 del Código penal, á los terceros que hubiesen adquirido efectos al portador por medio legal? Esa omision tiene esplicacion satisfactoria: vamos luego á darla.

## XVIII.

1.º Al frente de la escuela romana que reconoce como principio, *res ubicunque sit pro domino suo clamat*, se ha levantado otra escuela que esceptúa las cosas muebles adquiridas en forma legal; á cuya escuela pertenecen muchos de los modernos reformadores, si bien algunos exageraron mas que otros sus consecuencias: un escri-

tor distinguido demuestra el orígen germánico de esta doctrina (14).

2.° El Código Napoleon declara que, en cuanto á los bienes muebles, la posesion es título: *possideo, quia possideo.* No obstante, si la cosa mueble fué perdida ó robada, su dueño puede reivindicarla durante tres años contados desde el dia de la pérdida ó del robo, contra aquel en cuyo poder se halle, salvo la accion de este para repetir su indemnizacion de quien la hubo. Esta regla tiene sus escepciones, á saber, cuando el comprador adquirió la cosa robada ó perdida en feria, mercado, en subasta pública ó de mercader dedicado á ventas de cosas semejantes; en cuyos casos, el dueño originario no tiene accion reivindicatoria, sino pagando al poseedor el precio de adquisicion (15).

3.° El principio Germánico *possideo, quia possideo,* sancionado por el Código francés con relacion á los bienes muebles, no está admitido por todas las modernas legislaciones. Muchas siguen la Romana, que requería tres años para la prescripcion de los muebles (16), y en este número se cuentan los códigos de Baviera, Bolivia, Parma y Módena, del canton de Fribourg, de Servia y de Austria; este último Código exige la prescripcion de seis años cuando la cosa se ha comprado de un desconocido ó de un poseedor de mala fé. Los mismos tres años exigen las legislaciones de Portugal, de la Luisiana, del Canton del Tesino y de Zarich; pero en caso de mala fé, en Portugal se requieren treinta años, y en la Luisiana y en el Tesino diez. En Sajonia, la prescripcion de las cosas muebles dura un año, seis semanas y tres dias, y en Basilea y en Soulera, diez años (17).

4.° La seguridad necesaria al comercio y el respeto debido á las solemnidades con que se ejecutan las subastas públicas, aconsejaron ciertamente la prescripcion del artículo 2280 del Código francés, segun el cual, el comprador de bienes muebles por alguno de los títulos que menciona, no podia ser privado de ellos, aun cuando fuesen robados, sino prévia indemnizacion del dueño originario; y aun cuando esta disposicion no la hayan aceptado todos los reformadores, fué sancionada en los códigos de la Luisiana (18); en el Napo-

(14) Del elemento germánico en el Código Napoleon, por Mr. Zœpff (*Revue étrangére et française de legislation*, tomo IX, pág. 179.).

(15) Código Napoleon, arts. 2279 y 2280.

(16) *Inst.*, título VI, lib. II.

(17) *Concordance entre les codes civils etrangers et le code Napoleon*: Deuxieme edition. Paris, 1856.

(18) Artículos 2473 y 3474.

litano (19); en el Sardo (20); en el del Canton de Vaud (21); en el de Austria (22), y en algunos otros de cuyas disposiciones no podemos responder exactamente. El proyecto de Código civil español, publicado en 1852 de órden del Gobierno, introduce en este punto la doctrina del Código francés, pues establece la prescripcion de tres años con justo título y buena fé respecto de la propiedad de los bienes muebles, y de seis años cuando dichos bienes fueron hurtados ó perdidos, y luego añade: «pero si hubiesen sido comprados en feria, mercado, subasta pública, ó de comerciante que vendía efectos parecidos, el dueño que los reclama antes de la prescripcion deberá indemnizar al poseedor el precio que pagó por ellos (23).

5.° Tales son las reformas radicales introducidas en las modernas legislaciones. La posesion equivale á título en cuanto á los bienes muebles, han dicho unos, y solo se requiere la prescripcion cuando dichos bienes fueron perdidos ó robados. Otros creyeron peligrosa esta doctrina y se limitaron á acortar el tiempo de posesion necesario para prescribir los bienes muebles, duplicando dicho tiempo cuando traían un bastardo orígen; y aun muchos legisladores que desecharon en tésis general el principio de *la posesion es título*, lo aceptaron cuando la cosa mueble fué comprada en feria, mercado, subasta pública ó de comerciante que vendia efectos parecidos: reformas todas contrarias á las prescripciones de las legislaciones romana y española, segun las cuales, las cosas muebles se prescriben á los tres años con justo título y buena fé (24); pero si traen un orígen vicioso, el poseedor de buena fé necesita treinta años para prescribirlas (25), y el de mala fé no las prescribe jamás (XVII. §. 3.°). Estas son las razones de diferencia entre las leyes españolas y las estranjeras sobre la riqueza mueble, en la cual se comprenden los títulos al portador.

## XIX.

1.° Despues de establecido el Código de Comercio promulgado

(19) Artículo 2186.
(20) Artículo 2412.
(21) Artículo 1682.
(22) Artículos 367 y 368.
(23) Artículo 1962.
(24) *Instituta*, tít. VI, lib. II, y ley 9, tít. 29, p. III.
(25) *Instituta*, tít. VI, lib. II.—Ley 8, §. 1.°, tít. 39, lib. 7 del Cod.—Y leyes 9 y 21, título 29, P. III.

en 30 de mayo de 1829, el ilustrado Gobierno español de aquella época creyó conveniente erigir en la corte una Bolsa ó Lonja de contratacion pública, en que facilitándose con la reunion periódica de las personas que ejercen el tráfico, la comunicacion de las especulaciones que combinase el interés individual de cada uno, pudieran estas ejecutarse con suma facilidad, así como tambien *con la regularidad perfecta que no puede faltar en las operaciones que se hacen bajo la garantía de la publicidad, y de ajentes intermediarios que tienen una responsabilidad directa en que se guarden y observen fielmente las formalidades legales*: el Real decreto erigiendo la Bolsa de Madrid tiene la fecha de 10 de setiembre de 1831.

2.° En dicho Real decreto se declaró ser objetos especiales de la Bolsa: 1.° la negociacion de los efectos públicos, y 2.° los valores, mercancías y contratos de comercio (26): entendiéndose legalmente bajo la denominacion de efectos públicos, no solo los emitidos por el Gobierno español y los gobiernos estranjeros, consignando el pago sobre sus cajas respectivas, sino tambien los pertenecientes á algun establecimiento ó particular á quien se hubiese concedido Real autorizacion para ello. Se prohibió la celebracion de reuniones públicas ni secretas para ocuparse en negociaciones de tráfico, todas las cuales debian celebrarse en la Bolsa, conminando con ciertas penas á los contraventores; pero se autorizó á los comerciantes para celebrar reuniones privadas en sus casas, escritorios y almacenes, pudiendo contratar por sí mismos ó con intervencion de corredores, salvo las operaciones de efectos públicos que no se realicen *íntegramente de contado*, las cuales se verificarían indispensablemente en la Bolsa y con intervencion de sus ajentes, bajo pena de nulidad (27). Los efectos públicos podian, pues, negociarse entre comerciantes dentro y fuera de la Bolsa; salvo las operaciones á plazo, ó no realizadas *íntegramente de contado*, las cuales debian verificarse indispensablemente en la Bolsa y con intervencion de ajente público.

3.° Si el legislador no quiso, por entonces, prohibir á los comerciantes la contratacion á domicilio sobre efectos públicos, como lo aconsejaba la conveniencia pública, como se practicaba en otros países, y como mas adelante se dispuso en el nuestro, con todo,

(26) Artículo 2.° del Real decreto de 10 de setiembre de 1831.
(27) Artículo 6.°, idem.

favoreció las operaciones ejecutadas dentro de la Bolsa, declarando que los ajentes eran responsables civilmente de la legitimidad de los efectos públicos al portador negociados en ella, quedándoles á salvo su derecho contra la persona por cuya cuenta los hubiesen enajenado; cuya responsabilidad no existia en los contratos celebrados fuera de la Bolsa (28); pero el principal estímulo para inclinar las voluntades á favor de la contratacion dentro de la Bolsa consistió en declarar que los efectos públicos vendidos en ella, ya sea que estuviesen emitidos al portador, ó ya á favor de persona determinada, no estaban sujetos á reivindicacion, y su enajenacion seria válida y subsistente aun cuando el vendedor los poseyera de mala fé, salva la accion del legítimo propietario contra el mismo vendedor ú otras personas que tuviesen responsabilidad legal en los actos con que hubiese sido desposeido de los efectos ó defraudada su propiedad (29).

4.° En resúmen, el Real decreto de 10 de setiembre de 1831 supone virtualmente que los efectos públicos nominativos ó al portador estaban sometidos á las disposiciones generales del derecho sobre reivindicacion de la riqueza mueble; pero introdujo una escepcion á favor de los *vendidos en Bolsa*, y esta escepcion se introdujo en la creencia de que no debian quedar burlados los derechos adquiridos bajo la garantía de la publicidad y de ajentes intermediarios responsables directamente de la legitimidad de los títulos, de la idoneidad é identidad de los contratantes: siguiendo de esta suerte el principio germánico de que la posesion es título en los muebles, y que estos son irreivindicables cuando fueron vendidos en mercado, subasta pública, etc. (XVIII. §§. 1.° al 5.°)

## XX.

1.° Empero el Real decreto de 10 de setiembre de 1831 está derogado en todas sus disposiciones por la ley provisional de Bolsa de 5 de abril de 1846, y aun cuando así no fuese, el art. 7.° de dicho Real decreto declarando la irreivindicacion de los efectos públicos vendidos en Bolsa, lo habria quedado desde que adquirió carácter de ley el art. 116 del Código penal vigente.

2.° La ley provisional dijo así en su última disposicion general:

(28) Arts. 112 y 113 id.
(29) Art. 7.° id.

quedan derogadas y sin efecto las leyes, Reales decretos, instrucciones, reglamentos y demás disposiciones que hasta aquí regían sobre las materias contenidas en la presente ley (30). Esta locucion general, absoluta, sin limitacion de especie alguna, no permite establecer distinciones sobre si la derogacion fué total ó parcial: las derogaciones espresas son siempre generales, á diferencia de las tácitas, llamadas así porque se derivan de una ley posterior contraria al texto de otra anterior. Si la ley provisional de Bolsa de 5 de abril de 1846 hubiese callado sobre la suerte de las disposiciones soberanas anteriores; si al menos se hubiese limitado á derogarlas en cuanto fuesen contrarias á lo por ella preceptuado, como suele frecuentemente declararse, y como declaró, con mas ó menos precision, el artículo adicional de la ley anterior de 20 de junio de 1845 (31), entonces estarían en su lugar los que sustentan estar vigente el art. 7.° del Real decreto de 10 de setiembre de 1831; porque ninguna disposicion existe en los artículos de las leyes de Bolsa posteriores, que declare la doctrina favorable á la reivindicacion. Mas esta derogacion nacida de un texto de ley posterior, contrario á otro anterior, es innecesaria cuando la ley posteriormente publicada contiene una disposicion final que deroga todas las leyes, Reales decretos, instrucciones y reglamentos que venian rigiendo hasta entonces sobre la materia objeto de la misma.

## XXI.

1.° No obstante lo inconcuso, en mi juicio, de las doctrinas anteriores sobre los efectos de las derogaciones espresas ó tácitas, hay quienes sustentan que el art. 113 de la ley provisional de 5 de abril de 1846 derogaba solo las leyes anteriores en lo que fueran á ella contrarias, mas no en lo que no estuviese por ella tratado ni dispuesto; en cuyo último caso se encuentra el art. 7.° del Real decreto de 10 de setiembre de 1831. Despues de lo dicho (XX) acerca de las derogaciones espresas y tácitas de las leyes por otras posteriormente promulgadas, parecería escusado insistir sobre el mismo punto, si no tuviésemos que refutar argumentos de índole distinta:

(30) Ley provisional de 5 de abril de 1846, art. 113.

(31) Ley provisional para la Bolsa de Madrid, su fecha 20 de junio de 1845. Artículo adicional. La presente ley tendrá su cumplimiento á los sesenta dias de su publicacion, quedando desde entonces derogadas cualesquiera *disposiciones en contrario*.....

estos argumentos se toman del objeto de las leyes posteriores al Real decreto de 1831, espresado en los preámbulos de las mismas.

2.° «Covencida la Reina, dice el de la ley provisional de 23 de junio de 1845, de la necesidad de poner un eficaz remedio á los males que se advierten en las negociaciones de efectos públicos á plazo, que se hacen en la Bolsa de Madrid, dispuso que se sometiese á las Córtes un proyecto de ley, por el cual se reformaba la que hoy rige en aquellos puntos que la esperiencia ha demostrado era preciso, para poner á cubierto los intereses generales y particulares....» Esta soberana disposicion, se arguye, no derogó el Real Decreto de 1831, si no en cuanto fuesen contrarias sus disposiciones, y estas se refirieron solo á modificar las jugadas á plazo, y las garantías, número y responsabilidad de los ajentes de cambio. Hasta aquí estamos conformes con nuestros adversarios; la ley provisional de 1845 no derogó, sino que reformó el Real decréto de 1831, y esta idea indicada en el preámbulo, se sancionó en el artículo adiccional citado: *quedando derogadas, así dice, cualesquiera disposiciones en contrario.*

3.° Pero los males nacidos de las jugadas á plazo continuaron, añaden los sustentantes de las opiniones contrarias á la reivindicacion, y la ley provisional de 5 de abril de 1846 *cortó por lo sano en punto á jugadas á plazo....* «Habiendo acreditado la esperiencia, dice el preámbulo de esta ley, que las operaciones á plazo sobre los efectos públicos, autorizados por la ley de 10 de setiembre de 1831, lejos de contribuír al fomento de las relaciones comerciales, y á promover la circulacion de los valores del Estado, se han convertido en un ágio inmoral, contrario á las leyes y perjudical así al comercio como al crédito de aquellos mismos valores, y no habiendo sido suficientes para refrenar estos deplorables abusos las disposiciones dictadas; siendo ya indispensable dictar las medidas severas que reclaman el buen órden de la contratacion de la Bolsa para que en ella se observen las condiciones esenciales que se requieren en todo género de contrato legítimo... vengo en mandar se observe el siguiente proyecto de ley.»

4.° Basta leer atentamente el preámbulo anterior y compararlo con el de la ley provisional de 1845, para convencerse de la notable diferencia que los distingue. En el de 1845 se indica solo *una reforma* sobre las jugadas á plazo, y en el de 1846 no se indica el pensamiento de reformar conservando, si no el de suprimir dichas juga-

das, y de establecer medidas severas para que *se observen las condiciones esenciales requeridas en todo género de contrato legítimo*; La ley de 1846 se propuso un objeto mas ámplio que el de la de 1845. pero este convencimiento es mayor despues de observar en dicha ley de 1846 todo un sistema contrario al ensayado en el Real Decreto de 1831: examinemos y comparemos algunas de sus principales bases.

5.° El artículo 20 de la ley provisional de 5 de abril de 1846 preceptuó que todas las negociaciones de efectos públicos serian al contado, cuya base es contraria á la sancionada en el art. 38 del Real decreto de 10 de setiembre de 1831: con esto se acudia á una de las necesidades espresadas en el preámbulo de la ley derogatoria. El Real decreto citado prohibia bajo ciertas penas las reuniones ilícitas para ocuparse de negocios; pero autorizaba á los comerciantes para celebrar en sus casas, escritorios y almacenes los contratos y negocios que les conviniesen, sin otra limitacion que *las jugadas á plazo* sobre efectos públicos (XIX. §. 2.°), y la ley de 1846 estableció la forma de contratar dichos valores dentro del local de la Bolsa, pues declaraba su nulidad si no se pasaba una nota de cada operacion, y si ésta no se publicaba en seguida por la voz del anunciador de la Bolsa (32). La libre contratacion de los comerciantes quedó circunscrita por la nueva ley á los valores y efectos de comercio; pero los efectos públicos debian necesariamente negociarse en la Bolsa, con los pormenores establecidos con dicho objeto, y esta innovacion, aconsejada por altos motivos de conveniencia pública, fué introducida por la ley derogatoria. Igual alteracion se hizo respecto de la facultad de contratar privadamente los comerciantes, concedida por el Real decreto de 1831, pues la ley de 1846 ordenó que todas las operaciones sobre efectos públicos se hiciesen precisamente con intervencion esclusiva de los ajentes de cambio (33).

6.° Verdad es que en otros puntos, mas ó menos secundarios, la ley provisional de Bolsa de 1846 siguió el espíritu del Real decreto de 1831; pero á poco de meditar sobre los 113 artículos de la primera, se convence que comprende todo un sistema de contratacion en la Bolsa; cuyo sistema está vaciado en el molde de las disposiciones relativas á la Bolsa de París, salvo entre otros el punto

(32) Ley provisional de 5 de abril de 1846, arts. 20, 21, 22, 23 y 36.
(33) Id., arts. 20 y 46.

referente á la prohibicion de las jugadas á plazo. El pensamiento de los autores de la ley de 5 de abril, no fué reformar el Real decreto de 10 de setiembre, si no derogarlo en todas sus partes. Por eso reprodujéron sus disposiciones en lo que no eran contrarias al nuevo sistema ensayado, y por eso tambien su artículo final contuvo una derogacion espresa: porque se quiso no dejar subsistentes otras prescripciones sobre contratacion de efectos públicos, que las contenidas dentro de la misma ley provisional de 1846.

7.° La irreivindicacion de los efectos públicos vendidos en Bolsa no fué reproducida ni espresamente derogada, siendo en realidad caso ómiso; mas al obrar así, los autores de la ley provisional mencionada siguieron tambien la legislacion de la Bolsa de París, que tampoco menciona este punto, dejándolo sometido á las prescripciones del derecho comun, como sucede en la generalidad de los demás países (XIV. §. 3.°). Siguiendo este sistema, allí donde la *posesion es título* con respecto á los bienes muebles, los efectos públicos al portador vendidos en Bolsa serán irreivindicables (XVIII. §§. 2.° y 4.°); pero donde por el contrario, la legislacion comun sigue el principio romano de que donde quiera que está la cosa allí clama por su dueño, la reivindicacion de los efectos públicos al portador vendidos en Bolsa es incuestionable (XVII): tal es la situacion legal entre nosotros, desde la derogacion absoluta, incondicional, ilimitada de las leyes, Reales decretos, instrucciones, reglamentos y demás disposiciones anteriores, contenida en el art. 113 de la ley provisional de 5 de abril de 1846 (XX).

8.° Si en Francia no son reivindicables los efectos públicos vendidos en Bolsa y con intervencion de ajente público, no es porque allí exista disposicion alguna especial que así lo declare; sino porque segun el art. 2280 del Código Napoleon, el dueño anterior de un mueble perdido, robado ó sustraido, no tiene accion para reivindicarlo, si el poseedor actual lo compró en feria, mercado, etc.; pero si dicha compra la hubiese hecho sin las formalidades legales, es decir, fuera de Bolsa, y sin intervencion de ajente de cambio, en Francia como en España, el dueño de un documento al portador robado tiene accion para demandarle contra quien le posee sin título legal, segun esta regla de derecho: *qui contra jura mercatur, bonam fidem presumitur non habere.*

9.° En Inglaterra tampoco existen disposiciones especiales con relacion á los efectos públicos al portador, los cuales están someti-

dos á las prescripciones reguladoras de la propiedad mueble. Segun ellas, todo contrato de venta celebrado en las ferias y mercados, obliga, no solo á los contratantes, sino tambien á los que tienen un derecho de propiedad sobre la cosa vendida. En la generalidad de las ciudades del Reino-Unido, los mercados se celebran en ciertas épocas del año y con sujecion á sus reglamentos; pero la ciudad de Lóndres está declarada mercado permanente, escepto los domingos, de suerte que, las transacciones en ella consumadas están exentas de la reivindicacion: solo los caballos no pueden cambiar de mano, sin que la venta esté espresamente consentida por el propietario (34).

## XXII.

1.° Si alguna duda pudiese quedar acerca de la derogacion del artículo 7.° del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, por el 113 de la ley de 5 de abril citada, desapareceria completamente despues de sancionado el Código penal vigente desde 19 de marzo de 1848. Segun él, toda persona responsable criminalmente de un delito lo es tambien civilmente (35), y la responsabilidad civil comprende en primer lugar, la *restitucion*, en segundo, la reparacion del daño causado y en tercero, la indemnizacion de perjuicios (36). La restitucion deberá hacerse de la misma cosa, continúa el propio Código, siempre que sea posible, con abono de deterioros ó menoscabos á regulacion del Tribunal. Se hará la restitucion, aunque la cosa se halle en poder de un tercero y este la haya adquirido por medio legal, salva su repeticion contra quien le corresponda.—Esta disposicion no es aplicable al caso en que el tercero haya prescripto la cosa, con arreglo á lo establecido en las leyes civiles (37).

2.° *La restitucion deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, aunque la cosa se halle en poder de un tercero y este la haya adquirido por medio legal*: es importantísimo este legal precepto. Su significado general, absoluto, no permite racionalmente dudar sobre si comprende lo mismo á las cosas robadas, á las hurtadas que á las estafadas. Si los redactores del Código aludido hubiesen querido poner alguna limitacion á la restitucion de la cosa,

(34) Laya, *Droit Anglais*, tít. III, cap. I, §§. 2.° y 3.°
(35) Código penal, art. 15.
(36) Id., art. 115.
(37) Id., id., 116.

la habrian escrito á continuacion de aquella regla general; pero no habiéndola establecido, el juzgador entendido y recto no debe oir otro consejo que el del legislador que le dice: «donde quiera que por medio de un delito se ha privado á uno de la cosa cuyo dominio le pertenece, allí decretarás su restitucion *siempre que sea posible*, aunque se halle en poder de un tercero y este la haya adquirido por medio legal».

3.° Del precepto absoluto del artículo aludido del Código penal se deduce otra consecuencia, á saber, que la restitucion de la cosa procede siempre que sea posible, ora verse el delito sobre un semoviente, sobre una alhaja, sobre un efecto al portador ó sobre una moneda. Si la intencion de los redactores del Código penal hubiese sido escluir de la ley comun la moneda, el papel-moneda, ó los valores públicos al portador, lo habrian espresado de una manera indubitada, estableciendo una escepcion á favor de estos efectos, mayormente cuando á la sabiduría de aquellos, en su mayor parte esclarecidos jurisconsultos, no podia oscurecerse el significado latísimo de la palabra *cosa* en el diccionario jurídico (38). El párrafo tercero del artículo referente á la restitucion de la cosa siempre que sea posible, esceptúa el caso en que el tercero haya prescrito la cosa con arreglo á las leyes civiles; pues del propio modo se habrian escluido del precepto general la moneda, ó los efectos públicos al portador, si los redactores del Código hubiesen creido conveniente esta esclusion. No la establecieron; al decretar la restitucion, usaron la frase mas general, *siempre que sea posible*, y los tribunales de justicia no pueden prescindir del cumplimiento de este general precepto, si quieren obrar dentro del límite de sus atribuciones, circunscritas á aplicar rectamente las leyes á los pleitos civiles y criminales.

4.° Siguiendo el sentido recto del precepto legal que ordena la restitucion de la misma cosa á su dueño, *siempre que sea posible*, aunque la cosa se halle en poder de un tercero y este la haya adquirido por título legal, parece racionalmente imposible que haya quien sostenga la irreivindicacion de los efectos públicos al portador ven-

(38) Las cosas son el segundo objeto del derecho. El nombre *cosa* es generalísimo, pues comprende á cuanto hay en el mundo; pero aquí se toma por aquello que no siendo persona ni accion puede ser de algun útil ó comodidad al hombre. *Ilustracion del Derecho Real de España*, por D. Juan Sala, lib. II, tít. I, §. 1.°

didos en Bolsa, declarada por el art. 7.° del Real decreto de 10 de setiembre de 1831. Aun en la hipótesis, por mí combatida, de que dicho artículo no estuviese derogado por el 113 de la ley provisional de 5 de abril de 1846 (XX y XXI), su derogacion tácita seria incuestionable despues de la publicacion del Código penal vigente; pues su art. 116 sanciona una doctrina contraria.

5.° Y la contradiccion entre el art. 7.° del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, y el 116 del Código penal sancionado en 19 de marzo de 1848 es evidentísima. En el primero se erige en título la posesion de los efectos públicos, aun cuando se hayan adquirido del poseedor de mala fé, *salva la accion al legítimo propietario* contra el vendedor y demás personas responsables de los actos de desposesion ó defraudacion de su propiedad; mientras que en el segundo se favorece al propietario desposeido ó defraudado en sus derechos de cualquiera clase, reservando al poseedor de la cosa su repeticion contra quien corresponda, aun cuando la haya adquirido por medio legal. Los autores del Real decreto de 1831 siguieron el principio germánico, *la posesion es título* en cuanto á los efectos públicos vendidos en Bolsa, y los redactores del Código penal aceptaron rigorosamente el romano, segun el cual la cosa clama por su dueño donde quiera que se halle, sin otra escepcion que la nacida de la prescripcion conforme á las leyes civiles. Entre el legítimo dueño que invoca sus derechos robados ó defraudados, y el comprador de buena fé invocando en su favor este legítimo título, el Código penal optó por el primero, y el Real decreto de 10 de setiembre de 1831, por el segundo.

## XXIII.

1.ª A juzgarles por su conducta, los sustentadores de las opiniones, favorables á la irreivindicacion de los efectos al portador, están igualmente convencidos de la derogacion tácita del art. 7.° del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, por el 116 del Código penal; pues entre sus razonamientos, ninguno se encamina á persuadir que dentro de la prescripcion general del segundo, no están comprendidos los efectos de que habla el primero. Verdad es que seria dificilísima empresa, por no decir imposible, la de persuadir que están escluidos los efectos al portador robados, del precepto penal que ordena restituir la misma cosa *siempre que sea posible,*

aun cuando se halle en poder de un tercero, y este la haya adquirido por medio legal.

2.° Cuando llegan á este punto, los partidarios de la irreivindicacion se defienden con este argumento: «en el acto de abonarse su precio, el dominio de los efectos públicos se trasfiere al comprador de una manera irrevocable, ó lo que es lo mismo, á estos actos vá unida la prescripcion de las acciones que contra el comprador pudieran dirigirse. Es ciertamente anómala, esta disposicion, si se considera con arreglo á los principios de la legislacion comun; pero deja de tener este carácter, si se aprecian las consecuencias que la naturaleza de los efectos al portador deben producir (V. §. 3.°). «La prescripcion legal existe, añadia otro vigoroso defensor de la irreivindicacion, y se encuentra consignada en las leyes posteriores al Real decreto de 1831; pues el artículo 116 del Código penal no es aplicable al presente caso, sino el párrafo 3.° de dicho artículo que habla de la prescripcion de la cosa con arreglo á las leyes civiles.....» (V. §. 4.°) (39).

3.° ¡Que la prescripcion legal existe desde el punto mismo que se abona el precio de los efectos públicos vendidos!..... Para espresarse en este sentido, es preciso desconocer ú olvidar el significado jurídico de la palabra *prescripcion*: solo así se concibe dar una tan violenta inteligencia al párrafo tercero del art. 116 del Código penal. *Usucapion ú prescripcion*, palabras sinónimas en derecho, por mas que se diferenciasen en lo antiguo, *es la adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley. Usucapio*, es decir, adquirir por el uso, ganar por el uso el dominio de alguna cosa, y la base de este modo singular de adquirir consiste, segun un distinguido escritor (40), en que no reivindicando el dueño su cosa, en el término de la ley, se presume que la renuncia á favor del poseedor. Si, pues, este es el sentido legal y científico, de la palabra prescripcion, es caprichoso suponer la existencia de dicha prescripcion desde el acto mismo de abonarse el precio de los efectos públicos vendidos. Cuando el párrafo 3.° del art. 116 del Códi-

(39) Estas fueron las opiniones del Fiscal de S. M. en su censura emitida en el proceso de que hemos hablado en el tercer lugar de la nota número 1.°: compárense con las opiniones del fiscal especial de Hacienda en la misma Real Audiencia, apuntadas en la nota (núm. 2.°) y se verá la discordancia existente entre los ajentes del Gobierno.

(40) Grottius, *de jur. bel. ac pac.*, lib. II, §. 318 y siguientes.

go penal esceptuó de la *restitucion de la misma cosa* objeto de un delito, el caso en que dicha cosa se halle en poder de un tercero y este la haya prescrito con arreglo á las leyes civiles, aludió á la posesion requerida para ganar por tiempo las cosas (XVIII. §. 5.°). Si el comprador de unos efectos públicos robados los posee durante treinta años, en la creencia de que los adquirió de su legítimo dueño, ese comprador hace suyos los títulos por la prescripcion, y no puede ser condenado á restituirlos: esto es lo que dice el párrafo tercero del artículo citado. Pero de esto, á suponer que la prescripcion se realiza sin necesidad de tiempo, por el solo acto de la entrega del precio, hay un espacio inmenso que parece increible pase desapercibido á los ojos de personas peritas en derecho.

## XXIV.

1.° Igual juicio nos merece otro argumento utilizado por los sustentadores de las opiniones contrarias á la reivindicacion, y por cierto que es el mas generalizado entre el vulgo que repite á coro sus ecos. «Los títulos al portador, dicen, se hallan equiparados á la moneda, pudiendo recibirse de cualquiera sin averiguar su procedencia, bastando la simple entrega de ellos para trasferir su dominio de una manera irrevocable (V. §. 5.°).» ¿Y en qué Código, ley ó reglamento apoyan su aserto los sustentadores de semejante equiparacion? Confieso francamente no haber hallado precepto alguno que lo justifique, antes bien existen signos y prescripciones convincentes de la desemejanza entre la moneda verdadera, y los títulos al portador.

2.° Los efectos públicos al portador tienen dos signos esternos que los individualizan, á saber: la série y el número de órden; la moneda carece de dichos signos, y esta es la primera y mas sustancial distincion. El efecto, al portador no lleva en su sustancia el valor que simboliza, sino que es meramente el título representativo de ese mismo valor, á la manera que la copia de la escritura simboliza la cosa comprada; pero la moneda no es el título, sino el propio valor específico que desaparece si se pierde ó es robada. De esta segunda diferencia se sigue la tercera, á saber: que si una ó mas monedas son perdidas, ó robadas, al perjudicado no le queda casi recurso alguno de reintegro, mientras que el dueño de efectos públicos al portador que justifica plenamente su destruccion, robo, etc., solicita y obtiene un duplicado de esos mismos títulos, con

sujecion á las formalidades establecidas al efecto (XI. §. 3.°). Las Reales órdenes de 31 de julio de 1847 y 28 de octubre de 1850 establecen la forma de certificar los pliegos comprensivos de efectos de la Deuda pública, y el objeto de estos certificados es que, en caso de sustraccion ó estravío, se den los duplicados á los dueños de los títulos certificados y estraviados, como lo vemos comprobado con ejemplos (41). Además de estas diferencias sustanciales, existen otras accidentales que resisten la equiparacion entre los efectos públicos al portador y la moneda; porque los primeros no pueden negociarse sino con la intervencion de los ajentes de cambio, y en la Bolsa, segun las prescripciones de la ley vigente (42): prescripciones fundadas en altos motivos de conveniencia pública (43), sin uso alguno con relacion á la moneda.

3.° Pero aun en la hipótesis de que los títulos al portador se hallasen equiparados á la moneda, todavía sostendríamos que, probado haber sido tales títulos ó monedas objeto de un hurto ú robo, deberia decretarse su restitucion al robado, ni mas ni menos que si

(41) Véase la nota 7.

(42) Ley provisional de 8 de febrero de 1854: artículos 15, 31 y sus concordantes. Hay quienes creen que los comerciantes pueden contratar á domicilio sobre efectos públicos; pero este es un error: el art. 9.° solo autoriza á los comerciantes para contratar sobre efectos mercantiles, mas no sobre efectos públicos.

(43) En buenos principios, todos los comerciantes deben estar autorizados para tratar entre sí en asuntos mercantiles, sin necesidad de ajente intermediario; pero altos motivos de conveniencia pública aconsejan que todas las operaciones sobre efectos públicos se hagan forzosamente con intervencion de ajentes de cambio: esta forma de contratacion ofrece ventajas al Gobierno y á los particulares.—Al Gobierno, porque siendo tan inmensa la masa de su deuda, seria muy fácil introducir en el mercado una porcion crecida de títulos falsos que comprometiesen su crédito; lo cual se aleja exigiendo que en estas operaciones intervengan oficiales familiarizados con los efectos públicos, ó interesados en descubrir las falsificaciones, por la responsabilidad que se les impone.—Y es tambien favorable á los particulares, porque se evitan muchos riesgos personales y pecuniarios contratando por ante un ajente que garantiza la legitimidad de los títulos, la personalidad de contratantes y la eficacia de la obligacion. Casi todos los procesos conocidos sobre sustraccion de títulos proceden de adquisiciones hechas sin intervencion de ajente: los ladrones no se atreven fácilmente á proponer una venta de efectos robados á un oficial público. Sin embargo, es tal la fuerza de los hábitos arbitrarios arraigados entre nosotros, que son rarísimas las operaciones al contado consumadas con intervencion de ajente de cambio: intervienen ajentes intrusos, vulgo Zurupetos, quienes cobran su corretaje como ajentes públicos, y si alguno reusa su intervencion, llevan su osadía hasta el punto de censurarle duramente, como sucedió alguna vez á mi presencia.

se tratase de un caballo, de cierta cantidad de trigo, etc., etc. Porque volvemos á repetirlo, el artículo 116 del Código penal contiene un precepto absoluto: «la restitucion deberá hacerse de la misma cosa siempre que sea posible... aunque la cosa se halle en poder de un tercero, y este la haya adquirido por medio legal, salva su repeticion contra quien le corresponda:» por consiguiente, su aplicacion procede en todo caso, entretanto que un precepto especial no lo modifique. ¿Y existe alguna exencion á favor de la moneda robada?... No: la sola diferencia existente á su favor, nace de su naturaleza misma, es decir, de la dificultad casi invencible de comprobar que tales monedas son las mismas que fueron robadas. Porque las monedas son iguales; no tienen série ni numeracion; llevan solo el año de su acuñacion, y dentro de este año y con los mismos troqueles pueden haberse acuñado millones de ellas. De aquí, y solo de aquí, nace la dificultad de identificarlas; pero si así y todo, estas dificultades se vencieran en un caso dado, y se comprobase que tales monedas halladas en poder de un tercero fueron las hurtadas ó robadas, los Tribunales de justicia, cuyas atribuciones están circunscritas á ejecutar la ley, á juzgar segun ella, y hacer que se ejecute lo juzgado, decretarían la restitucion ó devolucion de las monedas robadas, como pena accesoria, necesaria del delito perseguido (XXII. §§. 2.° y 3.°).

## XXV.

1.° Demostrada, en mi juicio, la derogacion del art. 7.° del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, y la sumision de los efectos públicos al portador á las leyes reguladoras de la propiedad mueble (XXII. §§. 3.°, 4.° y 5.°), y demostrado tambien que, aun en la hipótesis de ser dichos efectos semejantes á la moneda, dado el caso de estar plenamente probado que determinadas monedas fueron robadas, su restitucion procederia con arreglo á las leyes civiles y al art. 116 del Código penal con ellas concordante, ya no es de estrañar que los Tribunales dicten providencias mandando retener ciertos billetes del Banco de España, y noticiarlo á la Direccion de dicho establecimiento para la ejecucion de este precepto; porque con arreglo al art. 51 del reglamento provisional para la administracion de justicia, uno de los primeros deberes del Juez instructor de un proceso, es *asegurar los efectos en que consiste el delito*, ó lo que es igual, los billetes ó efectos al portador, cuando

es indudable el robo de ciertos números determinados de ellos: el Gobierno mismo ordenó este procedimiento con ocasion de haber dispuesto cierto acreedor pignoraticio de un crecido número de títulos del 3 por 100 (44).

2.° Por fortuna son rarísimos los ejemplos de retenciones de números determinados de billetes del Banco, no recordando sino el mencionado anteriormente (II. §. 3.°); mas pudieran multiplicarse, y el remedio no puede venir de la justicia, sino del poder legislativo ó de la administracion del propio Banco. Aun cuando sus billetes se diferencian de la moneda, lo cierto es que circulan como tal, y hacen sus veces entre comerciantes y particulares: cuando se entrega ó recibe una suma, nadie repara el número de los billetes, sino las cantidades que representan. Lo propio sucede en los depósitos hechos en manos de particulares ó en las cajas de los establecimientos públicos: si se constituyen con billetes del Banco de España, el documento que lo acredita solo menciona la cantidad, á diferencia de los depósitos consistentes en efectos de la Deuda pública, los cuales se redactan con espresion de la série y numeracion de los mismos efectos depositados. De esta diversa costumbre en la constitucion de los depósitos se sigue que, en el primer caso, el depositario solo es deudor de cantidad, y en el segundo, de especie: esta es la razon porque son mas raros los casos de restitucion de billetes del Banco, que los de efectos públicos al portador. Mas supongamos la existencia de un depósito con espresion del número de los billetes que le constituyen, y que estos son sustraidos. ¿Pueden legalmente proveer los Tribunales su retencion, si fueren hallados? ¿Podrian, en su caso, decretar la restitucion de esos mismos billetes, si fuesen con oportunidad retenidos? Yo resuelvo afirmativamente ambas cuestiones, y me fundo en los mismos argumentos utilizados al hablar de los efectos públicos y de la moneda: en España no hay ley especial que saque estos valores del círculo de la riqueza mueble, y mientras no se pruebe lo contrario, cuanto se diga contra la restitucion de dichos valores son declamaciones desprovistas de legal apoyo.

3.° Verdad es que semejantes providencias de los tribunales no lisonjean el interés del Banco de España; no porque lastimen su crédito como alguno afirma: el crédito es ajeno á los preceptos judicia-

(44) Véase la nota núm. 2, párrafo segundo.

les preventivos ó restitutorios de unos billetes robados, como es tambien ajeno del crédito del aceptante, la providencia que manda suspender el pago de una letra robada. Lo que se mortifica realmente es el interés del Banco, pues si menudeasen semejantes providencias judiciales, muchas personas reusarian aceptar un papel-moneda espuesto á tales contingencias. ¿Mas es solo este el riesgo que corren el Banco de España y los tenedores de sus billetes? ¿No corren riesgos mayores y mas frecuentes con ocasion de las falsificaciones de dichos billetes? Y en semejantes casos, ¿qué se hace para obtener de los tribunales la comprobacion del crímen y el castigo de sus autores? Reflexionemos sobre estas preguntas, porque cuantos medios utilice el Banco y los tribunales para comprobar los autores de la falsedad, otros tantos pueden emplearse para convencer el robo de unos billetes determinados.

4.° Supongamos que se presenta en la Caja del Banco de España una persona portadora de cien mil reales en billetes, de los cuales son falsos la mitad. ¿Cuál sería la conducta del Banco en presencia de un suceso de esta especie? El Diputado interpelante dijo ser comun en Inglaterra la falsificacion de los billetes del Banco; pero que en el momento que se advierte se cambia el timbre, sin dejar por eso de pagar los billetes falsificados (II. §. 5°.). Ignoro si es ó no cierta esta costumbre, aun cuando nada veo en ella de estraordinario; pues si la eventualidad de una falsificacion supone la pérdida de una crecida suma, harto está compensada con la facultad de emitir un capital en papel muy superior á su activo, y con la inmensa ganancia que suponen los diversos medios de destruccion de sus billetes. Sume el Banco de España cada año el importe de estas ventajas, y seguramente obtendrá un lucro inmenso; pues lo racional sería que, en compensacion de esas mismas ventajas, cargase con el inconveniente de indemnizar al portador de buena fé de uno ó mas billetes falsos: porque casi la totalidad de las personas entre quienes circulan estos valores desconocen sus signos distintivos, y si alguna vez fueren engañados, resistirian en lo sucesivo esta especie de papel-moneda. ¿Procede el Banco de esta suerte? Si su conducta es afirmativa, la misma razon de allanar la circulacion de sus billetes aconseja que indemnice del propio modo á quienes los recibieron ignorando su vicioso orígen; pero si el Banco de España no indemniza á los portadores de buena fé de billetes falsos, no tiene ni aun pretesto para entorpecer la accion de la justicia, cuando esta le

manda retener uno ó mas billetes robados: porque la retencion y pérdida de los billetes falsos declarada legal á favor del Banco, no puede calificarse de ilegal cuando se decretan por virtud de un robo contra un particular, á quien fueron violenta ó clandestinamente sustraidos.

5.° Ora pague ó no el Banco los billetes falsos presentados en su caja, ¿Qué hace con el portador de esos mismos billetes? ¿Lo deja ir sin someterle á pesquisa alguna, ó lo detiene, ó cuando menos dá parte al juez competente, con espresion de la persona y domicilio del portador? Si el Banco indemniza al portador del billete falso y le exime de toda pesquisa judicial, es consecuente al resistir la detencion de un billete robado, y del portador del mismo. Mas, si no estoy equivocado, el Banco no ha procedido de esta suerte, ni procederia en lo sucesivo, si se repitiesen las falsificaciones de sus billetes. Esto equivaldria á dejar impune un crímen gravísimo, de funestas consecuencias para el Banco y para los particulares entre quienes circulan sus billetes. ¿Qué medio mas racional de buscar los autores de la falsedad, que el de interrogar al portador ó portadores de los efectos falsos? En buen hora que no se moleste al inquirido sino dá razon de quién se lo entregó, y si por las circunstancias que en él concurren aleja de sí la sospecha de criminalidad; mas persona alguna medianamente conocedora de las formas del enjuiciamiento criminal puede ignorar que, denunciados como falsos unos billetes del Banco, la primera actuacion del Juez seria inquirir de la persona en cuyo poder se hallaron, el nombre de aquella de quien los hubo; de suerte que, ó el Banco omite denunciar la falsificacion, cuando menos sigila los nombres de las personas que presentaron en su caja los billetes falsos, ó no hay medio de escusar á estas personas la vejacion de ser judicialmente inquiridos: porque los jueces y tribunales tienen el deber de convencer la existencia de los delitos y sus autores por todos los medios que su inteligencia y celo les dicte, y uno de los medios mas racionales de averiguar el orígen de un documento falso, es el de interrogar á la persona en cuyo poder se halla, por el nombre de la que se lo entregó.

6.° Si mis noticias son ciertas, el proyecto de ley preparado por el Gobierno, sobre restablecimiento del art. 7.° del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, contiene algunos artículos que pondrán remedio á la alarma consiguiente á dejar fuera de circulacion los billetes del Banco de España que hubiesen sido robados, y nadie mas

interesado que el Banco en que dicho proyecto obtenga la sancion de los poderes constitucionales; pero aun podria hacer el Banco algo mas por sí mismo. Con la legislacion vigente en España sobre la reivindicacion de la riqueza mueble, no hay memoria de que un Tribunal haya mandado restituir unas monedas de oro ó plata que hubiesen sido robadas, de las que tienen curso legal (45), cuando fueron halladas en poder de un tercero, y esta carencia de ejemplos solo es debida á la casi imposibilidad de identificarlas. Pues estudie la administracion del Banco si es conciliable suprimir en sus billetes la numeracion, único signo que los individualiza; y si esta cuestion puede resolverse afirmativamente, quedarán removidos los inconvenientes de la comprobacion de los efectos robados.

## XXVI.

### CONCLUSION.

En resúmen, mi opinion es que la jurisprudencia sentada por la Real Audiencia de Madrid favorable á la reivindicacion de los efectos públicos al portador es conforme al espíritu y letra de la legislacion vigente, y que supuesta la conviccion plena, legal, evidente de que determinados efectos de la deuda pública, determinados billetes del Banco de España, ó determinadas monedas fueron hurtadas ó robadas, la justicia no puede prescindir de acordar su retencion y en su caso decretar su restitucion *siempre que sea posible*: siendo solo atributo del poder legislativo alterar esta situacion de las cosas, si fuese realmente contraria al crédito de la nacion, y de los establecimientos públicos autorizados para emitir billetes equivalentes á la moneda.

**Domingo Rivera.**

---

(45) Durante la última guerra dinástica, un ajente diplomático estranjero fué robado en la Mancha, y entre los objetos robados, existian unas monadas sin curso legal en España. Se instruyó un proceso, y en él se mandaron restituir las monedas halladas; cuyo precepto se pudo cumplir porque semejantes monedas no podian confundirse con otras semejantes: si las monedas hubiesen sido francesas ó españolas, la restitucion habria sido probablemente imposible.

# DE LA LEGITIMACION.

## ARTÍCULO 1.°

En la profunda y filosófica discucion de que al comenzar esta centuria, fueron objeto todas las instituciones jurídicas, vióse alzar la voz de eminentísimos jurisconsultos que con noble ardor, con generoso entusiasmo, con elevado espíritu de justicia y con verdadero celo por la felicidad de los pueblos, sometieron al debate todos los principios en que descansa el derecho privado de las naciones, derecho creador de ese órden magnífico, portentoso, maravilloso de relaciones que estrechan íntimamente al indivíduo con el indivíduo en la vida social. Todo fué sábiamente discutido, todo fué sábiamente depurado por los hombres que, forzoso es decirlo, llevan la primacía de la reforma, al par que de la ciencia y el talento. Los jurisconsultos franceses, han legado á el mundo un riquísimo tesoro de legislacion que, lejos de ser estéril, ha servido para modelar la mayor parte de los códigos civiles de Europa.

En tan elevada tarea, en tan gigantesca empresa, inútil es decir que figuró dignamente la familia, sávia fecunda de la sociedad, verdadera arca santa donde se encierra todo lo grande y magestuoso, que viene á terminar el no menos magestuoso y grande edificio social; objeto indispensable de la reforma, si hubiese de rendir á la civilizacion el primer tributo de respeto que se la debe, el desenvolvimiento moral y justo de los muchos y complicados derechos que la constituyen. Pero en la familia lo primero, lo esencial era sentar las bases de su legitimidad; era fijar las reglas que determinen la pureza ó impureza de su orígen. Prescindir de la legitimidad, olvidar ese atestado de pureza, es dar lugar á que los derechos vacilen, se confundan, se debiliten, se ofrezcan velados por la duda que es muchas veces su verdadera negacion. Para fijar esa sublime condicion de vida de la familia, la legitimidad, era preciso acudir ante todo á un hecho consagrado por la naturaleza y santificado por la ley universal, el matrimonio, que bajo el sello religioso y bajo el amparo de la ley, debia de ser forzosamente el orígen puro de donde se viera descender á la familia. Fuera de él, el rigor de la moral, el esclusivismo de ciertos principios, parece que acon-

sejaban no reconocer otra procedencia, no reconocer otra clase de uniones ni en sí mismas, ni en sus consecuencias. Pero la sociedad marcha de distinto modo; el hombre para quien se hace la ley, no sigue siempre la recta, porque los impulsos del corazon, porque los estravíos de las pasiones, le han hecho siempre andar el camino mas costoso y mas largo: el legislador tiene que seguirle porque su obra es para este mundo; él mas allá tiene quien le rija soberanamente y quien le exija la responsabilidad de sus acciones. Por esto si no habia que sancionar ciertas uniones ilícitas, habia por lo menos que transigir con ellas para no dejar sus frutos abandonados á la inclemencia de la injusticia; habia que reconocer como necesaria la creacion de un medio con que se pudiera elevar á la esfera de la legitimidad á lo que habia nacido fuera de ella. Esto ciertamente ni podia estenderse á toda clase de uniones ni á todo género de descendencia; hubiera sido consagrar el escándalo: por eso se limitó á las conocidas con el nombre de concubinato, que rectamente entendido, no supone mas que el comercio carnal de dos personas que pueden unirse por el matrimonio. Vino como por la mano la obra del emperador Constantino: una ficcion de derecho que dá á los hijos naturales todas las condiciones de legítimos, la legitimacion por el matrimonio subsiguiente. Este medio que á primer golpe de vista parece tan racional y tan justo, á pesar del anatema de Justino y del silencio de la legislacion inglesa, ha sido puesto en tela de juicio, considerándose por unos como elemento fecundo de moralidad y de órden social, y por otros como inagotable gérmen del concubinato. En esta situacion, ¿qué partido adoptar? Este es el primer punto que nos toca dilucidar y resolver.

Hombres eminentes, jurisconsultos profundos y sábios legisladores como D'Aguesseau, Portalis, Tronchet y otros no menos respetables, han impugnado esa legitimacion como inmoral, á pesar de que la historia la ha sancionado y los legisladores modernos la han reservado un lugar en los códigos.

Si se ha de conservar la bella armonía de la ley moral, si la familia ha de hallarse basada en un hecho decente y decoroso, no debe reconocerse otra causa que la debida, que el matrimonio. Salir de aquí, traspasar este límite legal y moral, reconocer para ella otro orígen, es transigir con pasiones funestas, fomentarlas y dar á la sociedad un escándalo, mas grave que ninguno otro porque procede de la ley. Si á la moral interesa y prescribe que el comercio de los

dos sexos se verifique dentro del matrimonio, toda otra union, todo otro comercio que fuera de él se realice, es ilícito, pecaminoso, inmoral, y nunca por ningun motivo deben sus frutos ser elevados á la esfera de la legitimidad. Es una necesidad imperiosa la de estimular al matrimonio cohibiendo indirectamente las uniones ilícitas, con la negacion de los derechos de legitimidad á los hijos que de ellos nazcan; es preciso que los que legalmente pueden estrecharse por el santo vínculo no confundan sus corazones sino despues de haberlo hecho, ya que ningun obstáculo formal se lo impide; es preciso que sepan los concubinarios que van á condenar á sus hijos á la desgracia, pues con evidente mala fé y con conciencia de la inmoralidad del acto que consuman, debe levantárseles una barrera que les detenga en la senda de sus estravíos. El matrimonio que es una necesidad material de la especie humana, es al mismo tiempo una necesidad moral que raramente se satisface si antes de contraerle se apura la ilusion que constantemente le produce; santo y moral de suyo, no debe servir nunca para confirmar otra union reprobada ni aun en sus mas grandes consecuencias; es necesario tambien que de la ley no salga una confesion franca y esplícita de las pasiones humanas. El mismo Constantino á quien se debe la legitimacion de que ahora tratamos, reconoció tácitamente todos estos males cuando no se atrevió á estenderla para el porvenir, sino que la limitó á los hijos naturales engendrados al tiempo de la promulgacion de la ley. Uno de sus sucesores en el imperio, Justino, la proscribió con estas palabras: *in posterun vero sciant omnes legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quærendum; injusta nanque libidinum desideria nulla de cætero defendit*; y en fin la legislacion de la Gran Bretaña no la ha dado cabida entre los medios de constituir la patria potestad. Como si esto no fuera bastante, la legitimacion por subsiguiente matrimonio puede dar lugar á fraudes de lamentables consecuencias, haciendo legítimo á un hijo que ni siquiera fuera natural. Hé aquí cuanto pudiera decirse por los enemigos mas francos de ella; pero ni estas consideraciones ni otras que pudieran alegarse, serán nunca suficientes para proscribir de los códigos la legitimacion de que tratamos.

Cuando las cuestiones de moralidad han de resolverse en el vasto campo de la legislacion, hay que ver en ellas una espada de dos filos que puede herir al mismo tiempo á la justicia y á la moral pública que á la moral individual; hay que colocarse en la peligrosa

situacion de elegir entre dos males, el uno de suma gravedad, de mayor trascendencia, porque vá á afectar al cuerpo general de la sociedad; el otro mas ténue, aunque cierto, que afecta directamente al indivíduo. En tal conflicto, si es que conflicto puede llamarse, ¿qué ruta habrá de seguir el legislador? No veo que la eleccion sea dudosa, evitar siempre el mal mayor. Esto es lo que se hace sancionando la legitimacion por subsiguiente matrimonio.

Confieso con lealtad y paladinamente, que toda union, que todo comercio carnal consumado fuera del matrimonio, por personas que no tenian impedimento ninguno para casarse cuando delinquieron, es un hecho inmoral, ilícito, y por consiguiente reprobado. Confieso tambien, la mala fé que existe entre los que le realizan; finalmente confieso que la sociedad está altamente interesada en fomentar el matrimonio, aniquilando, si es posible, la barraganía. ¿Pero será el medio seguro de conseguirlo imprimir en la fuente de la descendencia el estigma de la reprobacion legal, ó el sello de la legitimidad? Para mí es concluyente que debe adoptase el segundo medio.

Mal es y muy grave el que producen las uniones ilícitas; pero desgraciadamente son un hecho positivo que se presenta realizado en todos los tiempos y en todos los pueblos, en mayor ó en menor escala por todas las clases de la sociedad. La ley ha sido impotente por do quiera para evitarle; es mas, alguna vez le ha sancionado terminantemente; y no es que ese hecho encuentre apoyo en la opinion pública, como sucede con el duelo, lo que con tanta constancia le haya sostenido; es que procede de la mas impetuosa y violenta de las pasiones humanas que se sobrepone en su fabuloso desarrollo, á los desdenes de la opinion pública y á los preceptos de la ley. El correctivo, si es posible, ha de salir del santuario de la familia, de una educacion moral y prudente que haga superior á la inteligencia sobre el corazon y preste á la conciencia la actividad y la sensibilidad esquisita que requiere para llenar cumplidamente las funciones de su sublime y severa magistratura. Pero hasta aquí, no vemos mas que ese acto simple, aislado, sin consecuencias, que es como le consideran siempre los impugnadores de la legitimacion, porque de otro modo ni siquiera un momento se concibe que la reprobasen. Descendamos á sus consecuencias, y la mas capital de todas es producir un indivíduo, un hombre á quien la ley le dá los derechos y consideraciones de tal, si ha vivido el tiempo y reunido las demás condiciones que exije; seria preciso incurrir en el absurdo para su-

poner que el resultado de esta accion es punible como la accion misma. El hijo que nace, nace tan puro é inocente como el que fué concebido dentro del matrimonio; ¿por qué condenarle á la orfandad y á la vergüenza perpétua? ¿Por qué hacerle responsable de un hecho completamente estraño á él? ¿Ha delinquido en algo? ¿Tiene por ventura otro pecado que el pe cado original que borrará como todos al fijar su tierna planta en los umbrales de la Iglesia? Pero vemos venir en cima un argumento que ciertamente ni nos asusta ni debilita nuestras profundas convicciones: en ese caso, se dirá, sanciónese la legitimacion de los hijos de toda clase de uniones; si su inculpabilidad les dá el derecho, su inculpabilidad es siempre la misma y el derecho debe serlo tambien; pero esta objecion cae por su base al considerar que fuera de aquella union que supone siempre la posibilidad de contraer matrimonio al tiempo de la concepcion de los hijos, que fuera de los hijos verdaderamente *naturales*, la legitimacion no es posible, ó por que hay un vínculo anterior que impide absolutamente el matrimonio, ó porque hay un escándalo monstruoso que evitar, escándalo superior á todas las ventajas de esta legitimacion.

La sociedad está interesada en dar á los hijos la legitimidad siempre que no resulte una lesion profunda é irreparable de los eternos cánones de la moral; por eso en buenos principios, ni se ha consentido ni debe consentirse que el matrimonio pueda legitimar otros hijos que los verdaderamente naturales; es decir, los habidos de padres que al tiempo de la concepcion, y solo entonces, podian casarse justamente y sin la venia legal.

No es cierto tampoco que esta legitimacion fomente el concubinato; no he visto todavía que ninguno de los autores que ha presentado este argumento como decisivo, se haya tomado la molestia de desenvolverle para probar su fuerza aparente. No, los concubinarios no piensan en tal legitimacion cuando consuman el acto que les dá ese nombre; no se pretenda comparar este hecho con otros delitos que se cometen ordinariamente, en los que la fria reflexion de los delincuentes puede recaer sobre la mayor ó menor responsabilidad, ó sobre la impunidad acaso que les ofrezca la ley; son circunstancias completamente distintas las en que se comete aquel y estos, circunstancias que no nos detenemos á esplicar porque se conocen á priori por todas las inteligencias, desde la mas eminente hasta la mas vulgar; anunciamos esta idea para hacer comprender

que la legitimacion no es un estímulo del concubinato, es por el contrario un motivo impulsivo á la celebracion del matrimonio. Si descendiéramos á examinar las distintas causas que en la série de los tiempos han fomentado y fomentan el concubinato, veriamos que unas veces provenia directamente de la ley, como sucedia entre los romanos, como sucedió posteriormente en la edad media y como acontece hoy en algunos pueblos de Europa, y verémos otras influyendo indirectamente en la relajacion general de la sociedad, hija de infinitas y de complicadas causas; pero atribuirle á la legitimacion, es confundir el mal con el correctivo, es confundir el medicamento con la enfermedad.

Los que se unen fuera del matrimonio, si lo hacen en un momento de estravío, no hay razon para suponerles siempre estraviados, no hay razon para creer que esa especie de locura no tendrá un intervalo lúcido en el que brillará su inteligencia vivamente herida por la dulcísima impresion que por necesidad les ha de producir la aparicion del fruto de sus entrañas; si una pasion los estravió, un sentimiento innato y mas fuerte que aquella, el amor á la descendencia, el cariño paternal, les impulsará irresistiblemente á reparar aquella falta, confundiendo sus corazones con el vínculo del matrimonio, y dando á sus hijos cuantas ventajas y derechos les otorga este, y los cuales se reasumen en la legitimidad; otro sentimiento, el del honor, les hará avanzar con paso precipitado á tomar su posicion legal que los libra de una mala nota y salva á sus hijos de las desdeñosas murmuraciones de la opinion; otro sentimiento, el del amor á sí mismos les abrirá el camino franco para estrecharse en intimidad santa en lugar de cansarse de su violenta situacion y de abandonarse mútuamente por su propia vergüenza. ¿Qué aliciente poderoso encontrarian, si no se les ofreciera la legitimidad? ¿Cómo abrazarían el matrimonio para presenciar el espectáculo que ofrecen los hijos naturales al frente de los hijos legítimos? Cómo evitarían las rivalidades que entre estos produciria la desigualdad de sus derechos? ¿Cómo se conformarían á tener ante sus hojos el testimonio constante de su estravío? ¿Cómo podria la madre hacer la noble ostentacion de su pudor, que es la virtud y el tesoro mas precioso de la mujer? ¿Cómo podrian los hijos reverenciar debidamente á aquellos padres que les habian condenado á la vergüenza? ¿Cómo se desarrollaria en ellos el honor y la dignidad al verse menguados en sus derechos desde el dia en que salieron á el mundo? ¿Qué gratitud

sentirian hácia sus padres? Qué cariño hácia sus hermanos? ¿Qué interés finalmente por la familia? Tampoco es raro ver que dos personas que han vivido largos años en concubinato, al acercarse el dia de la muerte del uno de ellos, contraigan el matrimonio que los jurisconsultos llaman *in extremis*: en aquel terrible momento la voz de la conciencia hiére mas poderosamente que nunca los tímpanos del moribundo, los remordimientos se presentan bajo su mas terrible aspecto, y si la gracia de los sacramentos les aplaca, abre al mismo tiempo los ojos del alma, escita el sentimiento de la justicia, y el que se halla postrado en el lecho del dolor, fija los ojos en el pecado, contempla una mujer deshonrada, á sus hijos abandonados y se apresura á reparar sus faltas celebrando el matrimonio, que borra todo recuerdo ingrato, en cuanto á los efectos legales. ¿Presenciariamos estos ejemplos de piedad y arrepentimiento, si ese padre ó esa madre que van á exhalar el último suspiro, no encontraran en la legitimacion el medio de dar á sus hijos lo que les faltó por no haber seguido las prescripciones de la moral?

Mas no paran aquí todavía las consecuencias de no admitir la legitimacion: los hijos naturales que no pueden sustentar el apellido de su padre, encontrarian mil dificultades para realizar un matrimonio medianamente ventajoso, porque no somos todavía tan despreocupados que al pensar en una persona para compartir con ella los pocos placeres y las muchas amarguras de la vida, no nos retraiga la impureza de su orígen, cuyos resultados, si bien se miran, han de afectar en algo á los descendientes: y la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, es el velo con que la ley oculta la nota depresiva de los padres y de los hijos.

La legitimacion es además en la sociedad un medio preventivo contra los infanticidios. Grande es el amor maternal, immenso, comprensible solo para el que le abriga en su corazon; pero es mayor todavía el celo de la mujer para ostentar su pureza á los ojos de los demás; quítenla la esperanza de conservar esa estimacion, prívesela de legitimar á sus hijos por medio del matrimonio y de aparecer tan digna esposa como la mejor, y en tan terrible lucha que entabla con el honor y el cariño de sus hijos, es muy posible que triunfe el primero por el momento, por mas que despues llore con lágrimas de sangre la irreparable pérdida de ambos tesoros.

Si en el órden moral apoyan la legitimacion consideraciones tan trascendentales, no son menos importantes en el órden legal. La le-

gitimidad es una circunstancia esencial en la familia; asegurarla es la obra maestra del legislador: con ella se consigna la fijeza y unidad de los derechos y se garantiza la justicia en su distribucion; créase un punto de partida, el único á que se ha de atener el legislador, los padres y los hijos en la regulacion y en el ejercicio de aquellos; se establece una sólida base en que se asientan con toda firmeza, y cuyas consecuencias se ven estender á las generaciones sucesivas; se consigue el órden de la familia y se adelanta mucho para obtener el órden social; el sello de la ley se vé impreso en el hogar doméstico y ofrece á su jefe natural, que es el padre, suma facilidad para ejercer su magistratura con decoro, con dignidad y con felices resultados; en suma, la legitimidad es á la familia, lo que la brújula al navegante.

El derecho canónico que en esta materia nadie considerará como autoridad sospechosa, ha ido mucho mas allá que todas las legislaciones antiguas y modernas, consignando el principio de què la legitimacion es una consecuencia del matrimonio. En virtud de todas estas consideraciones, creemos que ni un solo momento puede vacilarse en adoptarla; creemos en fin, que es una de esas instituciones á que solo se podria renunciar cuando desaparecieran del mundo los hijos naturales.

## II.

Justificada la necesidad absoluta de esta legitimacion, vamos á examinar si es una consecuencia del matrimonio mismo, ó es hija de la ley; cuestion que aunque no de tanta importancia como la anterior, es sin embargo de grande interés científicamente considerada.

En este punto, como en todos aquellos que ofrecen alguna duda, no ha sido una sola la opinion presentada y sostenida. Algunos jurisconsultos han creido que el matrimonio por sí solo tiene tal virtud, tal poderío, que es bastante para producir la legitimacion de los hijos naturales, aunque no se haya establecido por la ley. Otros, cuyo dictámen nos parece mas acertado, han pensado que si la ley no la establece, el matrimonio no será bastante para producirla.

En efecto, por mas que del matrimonio nazcan muchos y muy considerables derechos; por mas que él solo sea la base de la familia; por mas que sea preciso considerarlo como una gran causa pro-

ductora de grandes efectos; por mas que las leyes lo hayan protegido á porfía y procurado fomentarlo rodeándole de honores y prerogativas; por mas que en sí mismo como contrato y sacramento tenga la fuerza y estabilidad de que carecen otros actos jurídicos; por mas que sea un hecho *sui generis*, especialísimo que fija el estado y el destino del hombre y de la mujer en la vida; por mas que la legitimidad de la descendencia sea una circunstancia tan apreciable y tan atendible á los ojos del legislador; por mas que el matrimonio tenga tanta influencia en el órden social, es ilógico y absurdo, suponer que por sí mismo, sin la intervencion de la ley, puede dar el carácter de legítimos á los hijos que nacieron fuera de él. Su carácter distintivo de las demás acciones, su naturaleza esencial, consiste en constituir un estado legítimo en el que se realice la ley natural de la procreacion; esta que es su fin principal, debe comenzar en él, como quiso Jesucristo al establecerlo y los legisladores al sancionarlo; para que podamos decir que un hecho es efecto suyo, es necesario que realmente de él y solo de él provenga. Los hijos concebidos con antelacion, no pueden ser nunca mas que ilegítimos si la ley no le otorga la fuerza para legitimarlos, porque teniendo un orígen impuro, vicioso ó inmoral, es imposible que el matrimonio establecido para legitimar y santificar el comercio de los dos sexos y la descendencia que de él proviene, pueda por sí solo dar el estado de legitimidad á una cosa que no le pertenece, que le es completamente estraña, que tiene por causa una causa inmoral é ilícita, cuando él por su institucion es eminentemente lícito y moral, cuando está establecido para crear, para producir y no para dar fuerza á lo creado y producido antes.

Si le consideramos solo como sacramento, es necesario reconocer forzosamente su impotencia para dar fuerza á lo que nació antes de él; la gracia divina que presta, no es para remitir, no es para perdonar lo que antes se hizo contra la moral y contra él, sino que es para que despues de celebrado disfruten de ella los cónyuges en su vida comun, y con ella y por ella contribuyan á la multiplicacion de la especie, pero de ninguna manera para que este sacramento, santo y moral como todos, pueda dar fuerza á lo que no fué ni moral, ni santo. En este terreno tan estrecho, ni pueden suponerse ficciones, ni puede andarse un poco mas de lo que consienta el dogma católico, y si el matrimonio fué instituido para dar á los hijos dentro de él procreados el carácter moral y religioso, asi como para hacer

religiosa y moral la union de sus padres, no puede nunca suponerse que otra union realizada antes de él, que otros hijos antes de él engendrados puedan tener esos caractéres. Si le consideramos solo como contrato, aunque supongamos siempre en los contrayentes el deseo de legitimar á sus hijos, la voluntad de verificarlo; aunque supongamos mas, aunque supongamos que las partes pactan tácita ó espresamente esa legitimacion, ese pacto cae por su base, porque la voluntad del indivíduo por sí sola en los diversos giros que toma, en los distintos modos con que se manifiesta, es incapaz para crear derechos que puedan afectar, no ya á terceras personas, sino á la moral pública y al órden social; en esta materia, lejos de ser ley la voluntad de los contrayentes, ha sido y debe ser siempre esclava de la ley. Podrá argüirse tal vez que el reconocimiento de los hijos naturales, es hijo precisamente de la voluntad de las partes, que al verificarle crea derechos que pueden afectar á terceras personas; pero á esto se contesta que en vez de destruir, afirma el órden social, tanto que muchas veces las leyes le hacen obligatorio. El mismo nombre del acto que nos ocupa, el sustantivo *legitimacion* hace conocer positivamente que no procede del matrimonio, sino de la ley que la ha establecido. Si otra cosa fuese ¿no la hubiera conocido la Iglesia y establecido antes que las leyes civiles? Cuando Constantino la estableció ¿habia ningun precedente de ella? La Iglesia ¿no ha condenado siempre toda union habida fuera del matrimonio, incluso el concubinato?

La ley y solo la ley civil es la que ha podido dar vida á esta institucion. Encargada de regular el matrimonio, como contrato, en todo aquello que tiende á fijar el órden y los derechos de la familia, ha creido conveniente y necesario que aquel sea un medio de legitimar á los hijos naturales, es decir, un medio de darles los derechos civiles que tienen los legítimos, porque en esto consiste precisamente la legitimacion; razon mas para que no se la considere efecto del matrimonio, sino de la ley civil, porque como sacramento, no es mas que un medio espiritual que no puede producir por sí mismo derechos civiles, y como contrato es un medio temporal que producirá los que préviamente determine la ley. Si asi no fuese, si el matrimonio produjera por sí mismo la legitimacion, si en virtud de su propia fuerza se convirtiera en legítimo lo ilegítimo, ¿por qué no se habia de estender á toda clase de hijos ilegítimos, siempre que de la union no resultara un impedimento indispensable para contraer el matrimo-

nio? ¿Por qué no habia de legitimar á los hijos de simple y aun de doble adulterio, tan luego como se realizase por haber desaparecido de la escena el cónyuge ó cónyuges inocentes? ¿Por qué no á los incestuosos, prévia la dispensa del impedimento, en los casos en que esta fuera posible? ¿Por qué no á los manceres, cuando ni siquiera se prohibe celebrar matrimonio á sus padres? Es evidente; si la legitimacion fuera un efecto necesario del matrimonio, se verificaría siempre que el matrimonio pudiera verificarse. La célebre Decretal de Alejandro III, en que se apoyan los partidarios de la opinion contraria, Decretal copiada literalmente en las leyes de Partida, habla en términos generales cuando dice *tanta est vis matrimonii ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur*. Véase aquí, que al decir el Pontífice y jurisconsultos, *ut qui antea sunt geniti* se espresa de una manera tan general, que comprende á todos los hijos ilegítimos, y no es de creer que el jefe de la Iglesia católica diese un golpe tan rudo á la moral cuyo sagrado depósito le está encomendado. Mas suponiendo que en esos términos generales quiso referirse esclusivamente á los hijos naturales, ¿habremos de entender que al usar Alejandro III de las palabras *tanta est vis matrimonii*, quiso hacer depender de este la legitimacion como uno de los peculiares efectos? Imposible. Alejandro III era un notable jurisconsulto y no podia desconocer que hay efectos jurídicos que si bien nacen *ipso facto* á consecuencia de un hecho, es porque la ley préviamente ha declarado que los producirá; y entonces se dice que es tal la fuerza del hecho, que su sola realizacion produce inmediamente tales ó cuales consecuencias, pero sin perder de vista que la ley las ha determinado antes. Asi por ejemplo, en las instituciones de heredero condicionales se dice que el cumplimiento de la condicion tiene tal fuerza que retrotrae los efectos jurídicos al dia de la muerte del testador, pero esa virtud no procede del hecho mismo, sino de la ley que se la ha dado y se la puede quitar.

Tan exacta me parece la interpretacion que he dado á esta Decretal, que en otra, muy próxima á ella por cierto (1), se dice terminantemente que el romano Pontífice puede legitimar en sus territorios, pero que en los ajenos no puede hacerlo, sino por causas muy graves y para los efectos espirituales, *nisi in spiritualibus*, lo que prueba que ni el matrimonio por sí solo produce la legitimacion,

(1) Cap. XIII, tít. XVII, lib. IV. de las Decretales.

ni nunca se le ha querido dar esa fuerza por los Romanos Pontífices.

Es muy frecuente ver sin embargo, que los que defienden la legitimacion como justa y necesaria, la consideran al mismo tiempo como consecuencia del matrimonio. Yo no creo que sea necesario ir tan allá; no creo que para sostener la primera opinion, sea preciso abrazar la segunda; esto valdría tanto como basar la verdad en el error, cuando realmente es forzoso separarles. La legitimacion, que no es resultado del matrimonio, debe serlo sin embargo de la ley civil, cuya mision es darle aquellos efectos que reclamen la moral y el órden público, pues suponer otra cosa seria como negar á la ley civil la potestad de establecer cualesquiera reglas sobre el contrato que es de su mision esclusivamente. La misma Iglesia ha dado el ejemplo exigiendo la dispensa pontificia para que se verifique la legitimacion, segun se vé por la Decretal ultimamente citada.

(*Se continuará.*)

**Cayetano Poblacion y Fernandez.**

---

## SOBRE LA SUCESION TESTAMENTARIA

### Y LA LEGÍTIMA Ó AB-INTESTATO EN CATALUÑA.

No vamos á escribir un tratado completo sobre esta importante materia, como comprenderán nuestros lectores, sino á esponer sucintamente el derecho particular que rige sobre esta clase de sucesiones en el antiguo Principado de Cataluña.

Deben regirse generalmente por el derecho romano, que se halla vigente en dicho Principado, segun el Real decreto llamado de Nueva Planta y diferentes decisiones del Supremo Tribunal de Justicia en que así se ha declarado. El citado Real decreto fué publicado por Felipe V en 1716.

Las mismas solemnidades en la formacion de los testamentos; las mismas reglas acerca de la capacidad legal de los testadores; el mismo órden en las sucesiones, y todo cuanto está prescrito por el

derecho comun romano, acerca de esta importante materia, se observa en este antiguo Principado, salvas las variaciones que se han introducido por las leyes posteriores al citado Real decreto y por el fuero municipal de este país; pues aunque el derecho romano se observa en Cataluña, como supletorio del municipal, con preferencia al derecho pátrio, y señaladamente á las leyes de Toro, esto ha de entenderse en cuanto á la legislacion anterior al citado Real decreto, pues que las leyes posteriores rigen con preferencia al derecho romano y canónico, y hasta el municipal se entiende por ellas derogado.

La absoluta potestad que con la ley de las Doce Tablas, se concedió á los romanos de disponer ámpliamente de sus bienes para despues de su muerte, tiempo en que se habia perdido su dominio, era en cierto modo ejercer una autoridad suprema ó legislativa. Por esto los testamentos tuvieron en ciertas épocas todo el aparato de una ley; y ningun legislador dejó de prescribir para otorgarlos muy seguras y solemnes formalidades á los testadores en la forma y modo de testar y en las cosas que debian comprender necesariamente los testamentos. Mas en Cataluña han dejado de observarse algunas de estas formalidades en virtud de disposiciones posteriores al Real decreto de Nueva Planta, y señaladamente desde que se publicó la Real cédula de 13 de marzo de 1755, que forma la ley 28, tít. 15, libro 7 de la Nov. Rec., por la que fué derogado el privilegio llamado *Recognoverunt proceres;* la constitucion 4.ª del tít. 13 de los notarios y escribanos, y todas los demás que motivaron ó pudieron influir en las escepciones puestas á los escribanos colegiados en el reglamento de 1736, las cuales se mandaron quitar con la misma ley.

Se ordenó por ella que todos los escribanos del Principado de Cataluña, y señaladamente los de la ciudad de Barcelona, sin distincion de colegiados ni no colegiados, guarden y cumplan lo prevenido en el citado roglamento de 1736 en todos sus capítulos, y que observen además inviolablemente las reglas establecidas por la citada ley sobre toda especie de testamentos y contratos.

Segun el artículo 3.° de esta ley, deben los escribanos estender y formalizar en los Manuales los testamentos nuncupativos, desde luego que se hayan otorgado, sin esperar la muerte del testador.

En cuanto al testamento cerrado, en el acto de la entrega que de él hace el testador al escribano, debe firmar este y el mismo testador, con los dos testigos instrumentales, sobre la cubierta ó car-

peta del testamento, que se estiende en medio pliego del sello 4.° De modo que bastan dos testigos para este acto.

En otra Real cédula de 29 de noviembre de 1736, se establece, que los curas párrocos ó sus tenientes pueden recibir testamentos ó últimas voluntades, cada uno en su territorio ó feligresía, no habiendo en ella escribano real ó numerario, debiendo hacerlo en el papel sellado que corresponda. Pero se observa que los reciben dichos eclesiásticos no solo en donde no hay escribano, si que tambien en las villas y ciudades en caso de epidemia, como ha sucedido muchas veces en Barcelona en tiempo del cólera y de otras epidemias.

En todas las parroquias hay un libro llamado de testamentos en el que se estienden el uno á continuacion del otro los que reciben los párrocos. Cada uno de estos libros suele comprender, treinta, cuarenta, cincuenta ó mas número de años, segun su volúmen. Y cuando se ha de sacar de aquel libro algun testamento, lo verifica un escribano con el papel sellado correspondiente.

En órden al testamento del ciego no se ha hecho novedad y se observan las mismas formalidades prescritas por el §. 4 de la *Instituta*, tít. *Quibus non est permissum facere testamentum*, y la ley 8, Cod. tít. 22, L. 6. Segun estas leyes, además del escribano deben intervenir siete testigos, y en su presencia debe el testador esplicar con claridad á quien nombra por heredero, así como los legados y demás que quisiera disponer.

Luego de escrito y leido el testamento y estando conforme el testador con su contenido, debe signarlo el escribano y firmarlo junto con los siete testigos presenciales.

Hay otro testamento llamado confidencial ó sacramental, que es aquel en que un vecino de Barcelona á presencia de dos ó tres testigos, aunque no exista escribano, espresa su última voluntad, por escrito ó de palabra, en el mar ó en la tierra.

En todo testamento es necesaria la institucion de heredero para su validez, menos en Barcelona y demás ciudades que gozan del privilegio concedido por la ley única, tít. 1, lib. 6 del volúmen 2. La ley 1.ª, tít. 8, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, que autoriza el que uno pueda morir en parte con testamento y en parte sin él, no rige en Cataluña por ser anterior al Real decreto de Nueva Planta. Sin embargo, por medio de la cláusula codicilar, se sostienen los legados, aunque se invalide ó anule el testamento por faltarle la institucion de heredero.

A pesar de que por derecho canónico y civil vigentes en Cataluña se halla prohibido el nombramiento de heredero en una persona incierta, ó con dependencia de la voluntad de un tercero, se ha sostenido siempre la institucion de heredero de confianza, ó de una persona á quien el testador ha comunicado confidencialmente su voluntad para que la cumpla y ejecute, sin tener comunmente que dar cuenta ni razon á nadie de sus operaciones, ni estar obligado á declarar la confianza.

Estamos opuestos á esta clase de institucion de heredero, que dá lugar á graves abusos y monopolios y á un gran número de pleitos, porque hay muchas personas que van á caza de estas herencias con notorio menoscabo de los intereses de los parientes del testador á quienes comunmente se posterga á una persona estraña: y no solo se hace esto con los parientes del difunto, sino algunas veces hasta con su esposa, con sus hermanos y con los propios hijos del testador, á quienes solo se dá aquello que no puede quitárseles y que les corresponde por la ley.

Son tantos y tan grandes los abusos que en esto se cometen, que hasta hemos visto testamentos cerrados escritos todos de letra y puño del mismo heredero de confianza, cuando el derecho civil prohibe muy acertadamente que el heredero pueda escribir el testamento.

Se dirá, quizás, que el heredero de confianza no adquiere para sí la herencia, y que el caso es diferente, pero creo que no hay mucha diferencia, si se atiende á que puede llegar á abusar de la confianza y quedarse con la herencia.

Los autores catalanes están conformes en que el hijo de familia no puede otorgar testamento sino en cuanto á su peculio castrense ó cuasi castrense, pues que en cuanto á ellos se considera como padre de familias. De los demás bienes no puede testar sino está emancipado ó fuera de la pátria potestad.

La ley 4, tí. 18, lib. 10 de la Nov. Rec., que autoriza al hijo de familia para testar, no está vigente en Cataluña, por ser anterior al Real decreto de Nueva Planta. Puede no obstante hacer donacion por derecho ó fuero de Cataluña: pero siendo menor de 25 años no puede dar á aquella persona bajo cuya potestad se halla, á no ser que precedan ciertas formalidades.

Deben consentir ó aprobar la donacion tres personas, las mas allegadas, ó mas íntimos amigos del donante, declarándolo éste así

en la escritura con juramento, é intervenir decreto ó aprobacion del Juez (1).

Segun esta misma constitucion, no vale la donacion hecha por el menor á favor de aquellos con quienes habita ó mora como súbdito ó dependiente, porque se presume hecha con dolo, ó que el donante ha sido reducido por aquel á quien debe su subsistencia.

Sin embargo de que la donacion inoficiosa no es válida por el derecho comun, porque priva al hijo de la legítima, se sostiene por derecho especial de Cataluña, sin que puedan los hijos revocarla sino hasta el importe de su legítima (2).

Se halla vigente en Cataluña la famosa Auténtica *hec. inter.*, *Cód. de test.*, que dispone, que el testamento hecho á favor de los hijos, no se considera revocado por otro en que se instituye algun estraño, aunque el testador diga que su voluntad es que valga el último, no obstante cualquier otro que hubiere hecho antes; á menos que añadiere, *aun á favor de los hijos*, por no ser presumible que el testador quisiese preferir para la sucesion de sus bienes personas estrañas á sus propios hijos.

No tratarémos aquí de las cláusulas llamadas derogatorias que suelen ponerse en los testamentos, porque ya hemos dicho lo bastante al tratar *ex-profeso* de esta materia en el artículo publicado en esta Revista, tomo XIII, pág. 461, con cuya ocasion tributamos las mas espresivas gracias al profundo jurisconsulto Sr. D. Pedro Gomez de la Serna, por la recomendacion que ha hecho del citado artículo en el tomo XIV, pág. 244.

Es para mí muy lisonjera esta recomendacion, y me anima á escribir con mas ardor sobre una ciencia á la que profeso particular cariño, y á la que he dedicado los mejores años de mi juventud.

En Cataluña está vigente la ley *Hac edictali*, Cód., *De secundis nuptiis*, que es la 6, tít. 9, lib. 5, *Cód.*, que prohibe al cónyuje sobreviviente dejar al segundo consorte mas de lo que haya dejado á aquel hijo del anterior matrimonio á quien haya dejado menos. Esta disposicion es justa y previsora para evitar que los halagos, las caricias, las seducciones ó las amenazas del segundo consorte arranquen del otro una disposicion ó liberalidad en perjuicio de los hijos del primer matrimonio.

(1) Const. 2, lib. 5, tít. 4, *De tutors*.
(2) *Const. única*, lib. 8, tít. 9, *De donacions*, Cáncer., *Vár.* 1, cap. 8, desde el núm. 119 al 125.

En Castilla, que la sucesion forzosa está mas bien arreglada que en Cataluña, no se necesita de esta ley para poner un justo y razonable límite á estas liberalidades en perjuicio de los hijos, porque como el padre debe disponer de cuatro quintas partes de la herencia á favor de los mismos, y de la restante quinta parte aun ha de pagarse los funerales y demás legados, difícilmente puede llegar el caso de que el segundo consorte sea mas favorecido que ninguno de los citados hijos; mientras que en Cataluña si no se observase la espresada ley, podria el segundo consorte llegar á tener tres cuartas partes de la herencia, por ser solo la cuarta parte la legítima de los hijos, aunque sean muchos.

Por eso hemos declamado tanto contra el vicioso sistema de sucesion forzosa que rige en Cataluña, y no cesarémos en nuestras justas quejas hasta que hayamos conseguido algun alivio en favor de esos hijos desgraciados, que son el mayor número, á pesar de los poderosos enemigos que esto nos ha acarreado y de los grandes compromisos que nos ha traido. Lucharémos contra los poderosos, contra las Academias y contra todo el mundo; porque con la autoridad de la naturaleza, de la razon y de la justicia, nos creemos invencibles y no nos arredran dificultades de ningun género.

La legítima no debe en Cataluña dejarse precisamente por derecho de institucion, como entre los romanos, sino que basta para satisfacer esta obligacion el dejarla por vía de legado, fideicomiso ú otro cualquier título; de modo que no se puede pretender por esto la nulidad del testamento (1).

Antes de publicarse la citada ley se habia concedido lo mismo á los vecinos de Perpiñan en un privilegio de 4 de los idus de noviembre de 1348 y otros anteriores. Por estos privilegios podian dejar en su testamento por legítima á sus hijos cinco sueldos, sin que aquellos pudieran romperlo.

De esto dimana, sin duda, que se ven muchos testamentos en que los padres dejan á sus hijos esta cantidad, que es la de 2 reales 22 maravedís vellon por razon de legítima. Esto es muy comun; pero no se entiende que los padres deban dejar esta cantidad para que su testamento sea válido, ni que los hijos deban contentarse con ella, sino que basta que les dejen mas ó menos con tal que hagan mencion de ellos dejándoles alguna cosa, ó digan que no les

(1) Ley 2, tít. 2, lib. 6, vol. 1.°

dejan nada, porque les han satisfecho ya la legítima ó dotado competentemente.

La cantidad que dejan los padres á sus hijos á título de legítima, no impide que estos puedan pedir, como sucede todos los dias, la mayor cantidad que les corresponda por la ley hasta el cumplimiento de dicha legítima, en fuerza de la ley 30, Cód. *De inoff. testam.*, y el párrafo 3, *Inst. cod.*, que están en Cataluña en la mayor observancia (1).

Sin embargo de que la legítima no se debe sino despues de la muerte del padre, sucede con alguna frecuencia, que los padres la pagan á los hijos por causa de matrimonio, y algunas veces en estado de solteros, con el fin de obtener de ellos la correspondiente renuncia para que no puedan pedir nada al heredero despues de la muerte del padre.

No tenemos inconveniente en afirmar, que en nuestro concepto son nulas y de ningun valor ni efecto las renuncias que se hacen por los hijos á favor de los padres, no siendo por causa de matrimonio y mientras permanecen bajo la pátria potestad, por reputarse en este caso por una misma persona con el padre, segun el derecho romano.

En cuanto á los padres, dispone la constitucion 1.ª, tít. 3, libro 6, vol. 1, que aunque en el testamento del hijo no se hiciere mencion de ellos ó de otros ascendientes, por derecho de institucion, sea válido y firme el testamento, quedándoles salva la legítima que les corresponde en el caso de no existir descendientes.

En cuanto á la ciudad de Barcelona y lugares que gozan de sus privilegios, es válido el testamento y cualquiera otra especie de última voluntad, aunque se hayan omitido las personas que deben instituirse en cuanto á su legítima, ó de que debe hacerse mencion pues les queda salvo el derecho para pedirla, á no ser que fuesen justamente preteridos ó desheredados (2).

En virtud de esta constitucion se sostiene el testamento ó última voluntad, aunque se hubiese omitido alguna solemnidad de derecho, mientras que hayan intervenido dos testigos, aunque no sean rogados y que sea hecho ó hecha en pública forma.

---

(1) *Cáncer.*, párr. 1, cap. 3, n. 16; *Fontanella*, cláus. 5, glos. 8, part. 2, núm. 52 y sig.

(2) *Constitucion única* del tít. 1, lib. 6, vol. 2.

Sucedia antiguamente en Cataluña, que los padres ú otras personas, para que los hijos, amigos ó parientes pudiesen contraer enlaces mas ventajosos ó conseguir mayores dotes, hacian heredamientos ó donaciones de gran cuantía á favor de dichos sugetos, con la inteligencia que entre ellos mediaba de que verificándose el matrimonio retrodonarían el marido á su padre ó al donante, lo que este le hubiese dado, ó harian otros actos para hacer ilusoria en todo ó en parte la donacion. Para evitar estos fraudes se promulgó la ley única, título 2, libro 5 de las Constituciones de Cataluña, que dice así:

«Para evitar los fraudes que con frecuencia se cometen en las »cosas abajo escritas, ordenamos y determinamos, que si se hiciere »algun instrumento por los hijos á favor de los padres, ó por cual»quiera otra persona, en disminucion, derogacion ó perjuicio del »heredamiento ó donacion hecha, ó para hacer por aquellos padres y »cualesquiera otros á sus hijos, ó á cualesquiera otros en tiempo de »bodas, el tal instrumento sea nulo, de ningun valor, é *irrito ipso »jure,* sin que se le dé fé en juicio ni fuera de él en modo alguno, »prohibiendo á todos los escribanos de nuestros dominios que reci»ban tales instrumentos (1).»

Esta ley contiene un precepto de moralidad y de justicia dignos de figurar en el «Código civil español» por los fraudes que con ella se evitan; y esta es la razon porque la hemos transcrito íntegramente. En el Fuero Municipal de Cataluña hay algunas disposiciones dignas de reformarse por haber cambiado las circunstancias que las motivaron; pero generalmente hay muchas buenas y dignas de ser imitadas.

Es sabido que el pupilo no puede hacer testamento por falta de edad. Por eso se estableció la sustitucion pupilar, por medio de la cual dispone por el pupilo el padre y no la madre, porque esta sustitucion se inventó por el derecho de patria potestad. De los bienes que el pupilo hubiese adquirido por sucesion de su madre, solo puede el padre disponer por medio de esta sustitucion entre los hermanos ú otros parientes de la misma madre hasta el cuarto grado, segun el órden de derecho romano (2).

Es original el órden trazado por la constitucion 2, tít. 2, lib. 6,

(1) D. Pedro III, en las Córtes de Perpiñan en 1351, cap. 26.
(2) Const. última, *de pupillars y altres substitucions.*

vol. 1.º para la sucesion de los bienes de los impúberos fallecidos ab-intestato, ó á quienes el padre no ha dado sustituto. Los bienes que el pupilo hubiese heredado de su padre ó madre, deducida la legítima que corresponde á los ascendientes, se reparten respectivamente entre los mas próximos parientes de la línea del padre ó madre premuerto de que procedan los bienes, con esclusion del cónyuje sobreviviente, salva la legítima que le corresponde sobre los mismos bienes, sin embargo de que por las reglas generales de la sucesion intestada, de que vamos á tratar, le corresponderian dichos bienes en mayor cantidad.

Lo dispuesto en la citada constitucion solo tiene lugar cuando existen parientes de la línea paterna ó materna hasta el cuarto grado; puesto que no habiéndolos hasta dicho grado, que deban heredar al impuber, sucederá á todos sus bienes el padre ó madre que le sobreviva, sin distincion de bienes paternos y maternos.

Cáncer, par. 1, cap. 1, núm. 37, propone el caso de si cuando el pupilo deja un hermano, hijos ambos de unos mismos padres, y hay otro hijo de un mismo padre, pero de diferente madre, deben suceder ambos hermanos á los bienes que el pupilo habia heredado de su padre, y afirma que deben suceder ambos, porque segun la citada ley se atiende al orígen de donde proceden los bienes y no á la union de grados.

Sin embargo de esta respetable opinion otros autores sostienen lo contrario, diciendo que debería suceder el hermano hijo de un mismo padre y madre, con esclusion del otro hermano, porque la misma ley dice, que deben suceder al pupilo los parientes mas inmediatos, *guardando entre ellos el órden de derecho romano.*

Mas el célebre Mieras, al tratar de esta cuestion en la obra que escribió sobre el derecho municipal, núm. 103, se hace cargo de las razones alegadas en pró y en contra de una y otra opinion, y se inclina á favor de Cáncer, fundándose en que las palabras *guardando entre ellos el órden de derecho romano*, deben entenderse en cuanto á la prioridad y diferencia de grados, á saber, que los hermanos sean preferidos á los sobrinos, y así sucesivamente.

La sucesion legítima ó ab-intestato tiene lugar siempre que el difunto no ha hecho disposicion alguna de sus bienes, ó cuando la disposicion que hubiese hecho ha sido invalidada ó declarada nula.

En nuestro Código municipal, fuera de la citada constitucion pupilar, no existe disposicion alguna sobre esta importante materia.

El título 4. lib. 6, vol. 1, solo habla de las sucesiones ab-intestato de bienes feudales, los que han dejado de existir en toda la nacion en virtud de las leyes que se han publicado sobre señoríos.

Así es, que estando vigente en Cataluña el derecho romano, como supletorio, este es el que se sigue y observa estríctamente sobre la sucesion intestada, salvas las modificaciones hechas por la citada constitucion pupilar y por la ley de 16 de mayo de 1833.

Entre los romanos se sucedia antiguamente bajo los principios de agnacion rigorosa; pero los Pretores hicieron varias innovaciones ó mudanzas so pretesto de equidad, que era la que se tomaba por base de todas sus decisiones, hasta que el célebre Justiniano varió todos aquellos modos de suceder con la novela 118. Siguió con ella los impulsos del corazon y los designios de la naturaleza, ordenando la sucesion de descendientes, ascendientes y colaterales en el modo siguiente:

Los descendientes ocupan el primer órden en las sucesiones legítimas, pues suceden en primer lugar á sus ascendientes fallecidos ab-intestato. Pero la existencia legal de los descendientes se atiende á lo dispuesto en la ley 3, *Cod. de posthum. hæred. inst. vel exhæred.*, por lo que se consideran existentes todos los que nacen vivos y no son monstruosos, prescindiendo de las circunstancias que exige la ley 2, tít. 5, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, de ser bautizados, nacidos vivos y haber vivido 24 horas.

Los descendientes suceden *in capita* á la herencia del difunto. Si su padre ó ascendiente hubiese premuerto, sucederán sus hijos ó descendientes *in stirpes* á la porcion que correspondería á aquel si viviere, tanto si concurren ó no con personas de anterior grado. Esto concuerda con la ley 3.ª, tít. 13, Part. 6.ª, por lo que respecta á los descendientes legítimos y legitimados.

En cuanto á los ilegítimos, son naturales, espúreos ó de punible union. Si son naturales y suceden al padre, tendrán una sesta parte de su herencia, que partirán con su madre, si no hay mujer legítima, contra lo que dispone la ley 9, tít. 13, Part. 6.ª, que la admite aunque la haya.

Si son naturales, ó espúreos, suceden del mismo modo que los legítimos á la herencia de la madre, á menos que esta fuese ilustre. *L. 2, Dig. ad senat. Orfitianum et l. 5, Cod. eod.*

Los de union punible y dañada están escluidos de la sucesion, ni les corresponden á estos desgraciados otros alimentos que los que se

les deben por la equidad natural y disposiciones canónicas. Novela 89, cap. último.

La sucesion materna de los hijos naturales, ó espúreos es distinta de la trazada por la ley 5, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilacion.

El segundo órden de sucesion es el de los ascendientes. Cuando el difunto no deja descendientes, la ley llama á los ascendientes á la sucesion de sus bienes. Los más próximos escluyen tambien á los mas remotos. El padre, por ejemplo, escluye al abuelo y demás ascendientes. No tiene lugar aquí el derecho de representacion.

Cuando hay varios ascendientes de un mismo ó igual grado, suceden por líneas sin hacer distincion de bienes paternos y maternos, porque no la hace la Novela 118, cap. 2, contra lo que dicen Bartolo y Cáncer en su esposicion á la ley 3, Cód. de *bonis quæ liberis, etc.*

Cuando existen ascendientes de primer grado y hermanos del difunto, concurrirán con estos á la sucesion de su herencia, que se dividirá *in capita* entre ellos, segun la disposicion de la citada ley, contra lo que prescriben las leyes 1 y 2. tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, que en esta parte derogaron la ley 4, tít. 13, Partida 6, que estaba conforme con el derecho romano.

La sucesion de los hermanos con los ascendientes del difunto de primer grado se estiende á los hijos de los hermanos que han fallecido, por derecho de representacion. En este caso suceden *in stirpes.* Si no concurren con algun tio podrán los ascendientes pretender su total esclusion por la omision que se observa en la Novela 127, á pesar de ser esto contrario á la equidad.

El tercer órden de sucesion legítima es el de los colaterales. Esta solo puede tener lugar á falta de descendientes y ascendientes, cuando no concurren con estos á la sucesion del difunto, como se ha dicho anteriormente. No concurriendo ascendientes, y sí solo hermanos del difunto por ambas líneas, sucederán estos *in capita.* Los hijos de los premuertos sucederán *in stirpes.*

La Novela 127 no habla en este caso de los nietos de los hermanos que hubiesen fallecido. De modo que segun ella estos se consideran escluidos de la sucesion por los hermanos y sobrinos del difunto. Si no existiese ningun hermano y solo hubiese hijos de hermanos, en este caso en vez de suceder *in stirpes* ó en representacion de sus padres premuertos, sucederán *in capita* ó por iguales partes.

Si no existiesen hermanos por ambas líneas, ni hijos de estos, ten-

drá lugar la sucesion de los hermanos unilaterales con los hijos de estos, que hubiesen fallecido, observándose en este caso las mismas reglas trazadas para la sucesion de los hermanos germanos. Si hubiese solo hijos de los hermanos unilaterales del difunto, serán preferidos á los tios de este.

Faltando todas las personas que se han referido entran los demás parientes que se hallen en igual y mas próximo grado del difunto hasta el décimo inclusive, prefiriéndose despues del cuarto grado, en virtud de la ley de 16 de mayo de 1835, á las personas siguientes:

Primero; los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes, por lo que respecta á la sucesion del padre, sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para la sucesion de la madre.

Segundo; el cónyuje no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raices de abolengo á los colaterales del quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesion. A falta de estas personas sucederá el Estado, con arreglo á la citada ley.

Para los efectos espresados se verifica la computacion de los grados en la línea oblícua sacando los que cada uno de los parientes dista del tronco comun. Los hermanos, pues, se hallan en segundo grado, el tio y sobrino en tercero, los primos hermanos en cuarto y así sucesivamente.

Este es el órden y estas son las reglas que se observan en Cataluña en la sucesion testamentaria y en la legítima ó ab-intestato.

En cuanto á los derechos de hipotecas que se devengan por dichas sucesiones en todos los casos y en toda la nacion, puede verse el «Sistema hipotecario», publicado por el autor de esta memoria.

**Francisco de Pou.**

# PRESTACIONES SEÑORIALES.

## TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

### DICTÁMEN FISCAL

*acerca de cuál sea el tribunal competente para conocer de las demandas contra el Estado, sobre reintegro é indemnizacion de prestaciones suprimidas por la ley de señoríos.*

El Fiscal dice: Que ha examinado la consulta que por conducto de este Supremo Tribunal, eleva á S. M. la Sala de gobierno de la Real Audiencia de Valencia, sobre si es competente para conocer en primera instancia de la demanda ante ella deducida por D. Pedro Pilon y Tobalina y otros consortes, reclamando el reintegro de ciertas prestaciones comprendidas en la encomienda de Torrente que quedaron suprimidas al publicarse las leyes de señoríos.

Tanto para conocer la naturaleza de la accion ejercitada por los demandantes como para resolver con acierto la cuestion que formula la Sala de gobierno de la Audiencia, es oportuno, ante todo, recordar, como punto de partida, que las Córtes al declarar, por su decreto de 6 de agosto de 1811 incorporados á la nacion todos los señoríos jurisdiccionales y al abolir las prestaciones y privilegios que el mismo orígen tenian, al propio tiempo estatuyeron que aquellas personas que los hubieran obtenido por título oneroso serian reintegradas del capital que resultare de los títulos de adquisicion, y las que por recompensa de grandes servicios reconocidos, indemnizados de otro modo.

Sucesores D. Pedro Pilon y Tobalina y los demás recurrentes en los derechos adquiridos por D. Manuel Sisto Espinosa en virtud de la escritura de venta de la Encomienda de Torrente otorgada á su favor, en 9 de febrero de 1808, por el señor D. Cárlos IV, han creido que suprimidas las prestaciones inherentes á la misma, en su derecho estaban ejecutando ante la Audiencia de Valencia la accion de reintegro que el decreto de 6 de agosto concede á los que percibian rentas jurisdiccionales por título oneroso adquiridas.

No pareció á la Sala segunda de la Audiencia, á la que se dió

cuenta de esta peticion, tan clara su competencia para conocer de ella en primera instancia, y pasó sencillamente la demanda al Fiscal sin darle de ella traslado.

Este digno funcionario del ministerio público desde luego estimó que la cuestion era por lo menos dudosa. El testo terminante del mencionado decreto sujeta el juicio de reintegro al conocimiento en primera instancia de las Audiencias; mas una série de disposiciones posteriores, que la Sala conoce perfectamente, someten al de los Jueces de partido todos los juicios en primera instancia.

En la duda de si estas disposiciones generales derogaban aquella disposicion especial, creyó de su deber acudir al que suscribe esponiéndole la situacion en que se encontraba y preguntándole cuál era el camino que le correspondia seguir.

Esta Fiscalía, enterada de la consulta, no tuvo inconveniente en manifestarle su opinion favorable á la competencia del Juzgado. Mas no desconociendo los fundamentos que podian alegarse en favor de la opinion contraria, indicó al Fiscal que, si su inteligencia y conciencia se lo dictaban, podia usar del beneficio que concede el art. 13 de dicho decreto de 1811, provocando la consulta en la forma que previene el Reglamento provisional para la administracion de justicia.

Así efectivamente lo ha hecho, y pasándose los autos por la Sala de justicia á la de gobierno de aquella Audiencia, esta ha elevado la consulta á S. M. conviniendo con su Fiscal en que la cuestion es dudosa, pero disintiendo en el modo con que debe resolverse, pues que en tanto que este se inclina á sostener la competencia del Tribunal Superior, la Sala de Gobierno opina por la del Juzgado de primera instancia.

Indicado ya acerca de este punto el parecer de esta Fiscalía, con satisfaccion añade que en él le afirma el ilustrado dictámen de la Sala de gobierno de la Audiencia, en que con tanto acierto se hacen resaltar las razones que existen para negar á la Audiencia la facultad de conocer en primera instancia de la demanda que ha dado orígen al espediente que motiva este informe.

Sin embargo, aunque ligeramente espondrá algunas consideraciones que le inducen á opinar de este modo.

La primera y capital consiste en creer que el punto de partida y el cardinal criterio para resolver toda cuestion de procedimiento, como toda cuestion de competencia, debe ser en principio la

Ley de Enjuiciamiento civil, norma general y regla á que deben ajustarse la forma y la ritualidad de los juicios. No es otra cosa lo que ha querido el legislador al declarar en su art. 1415 derogadas todas las leyes, Reales decretos, Reglamentos, órdenes y fueros en que se hayan dictado reglas para el Enjuiciamiento civil.

Ahora bien: esta ley de Enjuiciamiento no admite mas competencia que la de los Juzgados para conocer en primera instancia. Sobre este principio están calcados todos los artículos del título primero que tratan de las cuestiones de competencia, y este mismo principio ha sido proclamado, aunque de una manera indirecta, en el título 17, pues si se examina su articulado se adquiere una completa certidumbre de que no pueden entender, mas que por vía de apelacion, las Audiencias en los negocios civiles.

El hecho de no haber establecido la ley un procedimiento especial para que los Tribunales superiores conozcan en primera instancia, demuestra por sí solo que aquella regla es inflexible y que contra ella no se admite escepcion.

Está, pues, derogado el art. 9.° del decreto de 6 de agosto de 1811 por la nueva ley de Enjuiciamiento civil, y resuelta por lo tanto en ella la cuestion de competencia á favor del Juzgado.

Pero tambien es preciso reconocer que esta cuestion venia ya anteriormente resuelta en el mismo sentido, nada menos que desde la publicacion de la Constitucion de 1812, es decir, un año despues de publicado el decreto que atribuye el conocimiento de las demandas de indemnizacion á las Audiencias.

No es difícil demostrarlo.

La reforma general que querian llevar á cabo los legisladores reunidos en Cádiz no podia realizarse de una vez. A ello se oponia su misma importancia y grandes intereses creados al abrigo del antiguo sistema, en abierta pugna con las ideas entonces dominantes. No se destruyen en un dia obras de siglos, ni en un dia es posible variar el modo de ser de una nacion; y nada menos que á una y otra cosa aspiraban las Córtes de Cádiz. Sabian esto aquellos legisladores, y por lo mismo, en tanto que preparaban la reforma política, base en que habia de descansar la administrativa de todos ramos que tambien entraba en sus miras, se dedicaron á las de intereses materiales, y entre estas con especial predileccion á la de señoríos, simpática á los pueblos, y que afectaba muchos intereses creados en su perjuicio á la sombra de las antiguas instituciones.

Anterior el decreto de 6 de agosto, suprimiendo los señoríos jurisdiccionales á la reforma judicial, necesariamente tuvo que atemperarse á la organizacion que al tiempo de su publicacion tenian nuestros Tribunales. Descansaba esta en el principio de que la plenitud de la jurisdiccion estaba en las Audiencias, Chancillerías y Consejos, los cuales conocian en primera instancia de muchos asuntos por caso de corte. Entre los privilegiados contábanse los juicios de reversion é incorporacion á la Corona. De ellos conocia el Consejo ante el cual se examinaba la legitimidad de las mercedes y donaciones Reales, y se fijaba la estension que á sus cláusulas debia darse.

De este principio hubo pues que partir, y esta es la razon porque en su art. 9.° dispuso que las cuestiones de reintegro y de indemnizacion se ventilasen en primera y segunda instancia en las Audiencias; ó lo que es lo mismo, que fuesen casos de corte, toda vez que participaban mucho de la naturaleza de los juicios de reversion é incorporacion.

Pero publícase la Constitucion de 1812 y todo esto varía: en su título 5.°, hoy vigente, establécense nuevas bases de la administracion de justicia; en él se señalan las facultades de las Audiencias, y se consigna terminantemente que deben conocer de todas las causas civiles de los Juzgados inferiores de su demarcacion en *segunda y tercera instancia*, y no se les confiere en ningun caso de competencia para conocer en primera.

Los casos de corte quedan suprimidos y el art. 9.° del decreto de 6 de agosto perfectamente derogado por la ley fundamental.

Si en un principio alguna duda pudo suscitarse acerca de este punto, desvanecerse debió al publicarse el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de 9 de octubre de 1812. En su art. 13 se dice terminantemente que las facultades de las Audiencias serán conocer en segunda y tercera instancia de las causas civiles y criminales que se les remitan por los Jueces de primera instancia en apelacion ó en los casos que previene la ley. En el art. 63 se dispone lo conveniente respecto aquellos negocios ya incoados ante las Audiencias en primera instancia al publicarse la ley. En el 10 del capítulo 2.° se establece que todos los demás pleitos (se esceptúan los juicios verbales y causas civiles y criminales de cualquiera clase y naturaleza que ocurran en el partido entre cualesquiera personas) se entablarán y seguirán *precisamente* ante el Juez letra-

do del mismo en primera instancia, esceptuándose los casos en que los eclesiásticos y militares deban gozar de fuero con arreglo á la Constitucion y de los que segun aquella misma ley puedan ó deban conocer los alcaldes de los pueblos y los que se reserven á tribunales especiales.

Ahora bien, no estando entre estas escepciones el juicio de indemnizacion de que habla el decreto de 6 de agosto, este juicio, como *todos* los no esceptuados, quedaron por esta ley *precisamente* sujetos á los Juzgados. La Audiencia desde aquel dia quedó sin jurisdiccion para conocer de ellas en primera instancia.

En esta misma idea abunda el Reglamento provisional para la administrncion de justicia. Los jueces letrados de primera instancia son, segun su art. 36, los *únicos* á quienes compete conocer en la misma instancia de todas las causas civiles y criminales correspondientes á la Real jurisdiccion ordinaria, inclusas las que hasta entonces habian sido casos de corte. Entre las escepciones que de esta regla admite, no comprende el juicio de indemnizacion. Por último, en el capítulo que habla de las Audiencias, no se les reconoce facultad en ningun caso para entender en primera instancia en negocios civiles.

El Reglamento provisional para la administracion de justicia vino por lo tanto á derogar una vez mas el art. 9.° del tantas veces nombrado decreto de 6 de agosto de 1811.

Lo mismo hizo el Real decreto de 20 de junio de 1852, que arregló la jurisdiccion en los negocios de Hacienda. Su art. 2.° terminantemente dispone que el conocimiento de los negocios judiciales de Hacienda corresponde en primera instancia á los Jueces de partido de su respectiva capital; y si se examina el capítulo 3.°, se encuentra que á las Audiencias solo corresponde conocer de los mismos en segunda ó tercera instancia, pero nunca en primera.

No niega el Fiscal que hubiera sido conveniente que al restablecerse en 1823 y en 1837 este decreto se hubiera espresamente derogado aquel artículo; mas no puede convenir en que fuese absolutamente necesaria esta espresa declaracion, una vez destruida la antigua organizacion judicial que autorizaba los casos de corte.

Las mismas leyes de señoríos de 3 de mayo de 1823 y de 26 de agosto de 1837 corroboran este juicio, pues mas ó menos esplícitamente vinieron á proclamar la competencia de los Juzgados para conocer de las materias á que se referian.

El artículo 4.° de la primera de estas dos leyes terminantemente declara que los poseedores que pretendan que sus señoríos territoriales son de los que deben considerarse como propiedad particular, presenten ante los Jueces respectivos de primera instancia los títulos de adquisicion. Y mas esplícita la segunda, no solo cofirma este precepto, sino que ordena terminantemente en su artículo 13 que en todos los pleitos que se instauren á consecuencia y para el cumplimiento de lo que deja establecido, *serán parte los respectivos Promotores Fiscales de los Juzgados de primera instancia y los Fiscales de las Audiencias.*

Palabras que demuestran que segun el espíritu de las mismas leyes de señoríos el artículo 9.° del decreto de 6 de agosto habia dejado de existir con la antigua organizacion judicial.

Aun cuando así no fuera, otras consideraciones que el Fiscal no puede menos de indicar serian bastantes para que no comenzase el juicio ante el Tribunal Superior. Inútil es en jurisprudencia consignar un derecho, si la ley no fija el modo y la forma de ejercitar ese mismo derecho. Los Tribunales deben limitarse á juzgar y á ejecutar lo juzgado: no pueden en caso alguno inventar procedimientos, porque esto seria invadir las atribuciones del poder legislativo. De lo cual se deduce que, aun cuando se considerara vigente el mencionado artículo 9.°, no seria posible sustanciar ante la Audiencia, por falta de procedimiento especial, el pleito instaurado ante la misma por D. Pedro Pilon y Tobalina.

Perniciosa consecuencia seria tambien de la opinion que el Fiscal impugna, que no habria lugar en el presente caso á utilizar ninguno de los remedios estraordinarios, que la ley pone en manos de los litigantes para reparar los daños que puedan causar en sus derechos los Tribunales Superiores con sus fallos; observacion que debe tenerse muy en cuenta, tratándose de un asunto en que tan directamente está interesado el Estado. No procederian los recursos de injusticia notoria y segunda suplicacion, pues solo tienen lugar segun el artículo 1.° del Real decreto de 4 de noviembre de 1838 en aquellos negocios *pendientes de las Audiencias, Tribunales de Comercio y ordinarios antes del 13 de agosto de* 1836. No cabria el de nulidad porque es imposible en aquellos pleitos que no comenzaron antes del primero de enero de 1856 en que principió á regir la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Por último, no podria utilizarse el de casacion que esta misma Ley de Enjuiciamiento civil establece

contra las sentencias de vista, porque no admitiendo en ningun caso que las Audiencias conozcan en revista, sería absurdo que prosperara un recurso contra una ejecutoria dictada en revista, como tendria que suceder en la hipótesis que el Fiscal viene examinando de estar vigente el artículo 9.° del decreto de 6 de agosto, y con arreglo á sus disposiciones tenerse que fallar el juicio de indemnizacion promovido.

Resulta de lo espuesto en concepto del Fiscal que la falta de un procedimiento especial, la Constitucion de 1812, el decreto de 9 de octubre del mismo año, el reglamento provisional para la administracion de justicia, el Real decreto de 20 de junio sobre la jurisdiccion de Hacienda, las mismas leyes de Señoríos y sobre todo la Ley de Enjuiciamiento civil, resuelven la cuestion objeto de la consulta en favor de la competencia del Juzgado especial de Hacienda. Si V. A. fuera de esta misma opinion, cree el Fiscal que debería manifestarlo asi al Gobierno de S. M. al dar curso á la consulta que motiva este informe.

Sin embargo la Sala como siempre resolverá lo que mejor estime.

Madrid 17 de marzo de 1859 (1).

Seijas.

---

## CATEGORÍAS EN LA CARRERA JUDICIAL.

---

### TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

#### DICTÁMEN FISCAL.

*emitido en un espediente sobre declaracion de categorías en la carrera judicial.*

El Fiscal dice: Que con motivo de dos comunicaciones de los Fiscales de las Audiencias de Albacete y Valladolid, relativas á que

(1) El Tribunal Supremo de Justicia evacuó la consulta de acuerdo con el dictámen del Sr. Fiscal, y elevada al Gobierno, se dictó la Real órden de 3 de junio de 1859, que se publicó en el tomo X de nuestro Boletin.—*Los Directores de la* Revista.

que se les guardaran las preeminencias y consideraciones de Presidentes de Sala á que se creían con derecho, acudió este ministerio á S. M., encareciendo cuán necesario era que se dictara una medida que cortase conflictos que solo la prudencia habia podido evitar. El Gobierno, que habia fijado su atencion sobre las muchas solicitudes que se presentan pidiendo declaraciones de categorías, títulos de los empleos, cuya categoría se pretendia, y hasta antigüedades en la carrera desde la fecha de los mismos títulos, encarga á este Tribunal que manifieste su dictámen. Al efecto le previene que indique las reglas que deben observarse para desterrar los abusos introducidos, no lastimar los derechos adquiridos, aun cuando lo sean por una interpretacion abusiva, y conseguir que sea una verdad de hecho la prohibicion de los honores de la toga y de las distinciones honoríficas de un empleo superior al que se desempeñe.

Que el mal es grave y que requiere un remedio radical, no puede ponerse en duda. A los antiguos honores que destruyen el órden gerárquico, y rebajan los grados superiores de la carrera judicial y fiscal para elevar los inferiores, se ha añadido una cosa mucho peor, la de las categorías, que, segun la interpretacion que se les ha dado, van mas allá que los honores. Consecuencia de esto es que nadie se contenta con ser lo que en la realidad es: que haya magistrados de Audiencias con honores del Tribunal Supremo, magistrados con categoría de Regentes, magistrados y fiscales con la de Presidentes de Sala, tenientes fiscales, jueces, abogados y relatores con la de magistrados, tenientes fiscales y relatores con la de jueces de término, y que se haya llegado al caso de que sea difícil el señalar el lugar que á cada uno le corresponde en el órden judicial. En prueba de ello, varios son los casos en que se ha visto prácticamente la dificultad; se limitará el Fiscal á indicar aquí el de haber un auditor de guerra disputado la preferencia á los presidentes de Sala, y haberse resuelto así providencialmente por la Audiencia hasta que S. M., conformándose con el dictámen de V. A., corrigió este abuso, y esa subversion del órden gerárquico de la magistratura. Pero no se pueden pasar en silencio por lo conocidas que son las graves dificultades á que dió lugar en la última apertura del Tribunal la colocacion que debian ocupar los diferentes funcionarios de la escala judicial.

Si tuviera que resolverse la cuestion en principios, una sola regla bastaría para terminarla: con ordenar *que cada uno fuera lo que*

es, estaria terminado tan enojosísimo negocio. De este modo, además de introducir en la administracion de justicia las buenas doctrinas, no se daria nuevo pábulo á ese prurito de honores y distinciones á que pocas veces son acreedores los que con mas empeño las solicitan. Pero, ¿consultaria esta resolucion á los derechos adquiridos?

Varias son las disposiciones que mas ó menos directamente han dado lugar á la anarquía de que el Fiscal se lamenta.

Puede considerarse como la primera el Real decreto de 7 de marzo de 1851. Al establecerse en él las reglas que debian seguirse en la provision de las plazas del órden judicial, se estableció la division de categorías. Esta division solo tenia por objeto, como espresamente lo dijo el art. 4.°, *facilitar la ejecucion* del decreto y *el solo objeto de que pudiera servir de guía al Ministerio de Gracia y Justicia para hacer las propuestas correspondientes*. Lejos estuvo, pues, de la intencion del Gobierno que lo que se hacia para llevar á efecto un órden regular de promociones, sirviese de pretesto al abuso lamentable que se introdujo, abuso que se trató de impedir al negar á las categorías mas significacion que la que espresamente les concedia el decreto. Y es que los malos hábitos difícilmente se desarraigan, y que la carrera judicial, en que deben ser mas modestas que en ninguna otra las aspiraciones, se ha resentido tambien de lo que en otras carreras acontece, creyendo algunos que así como en la milicia hay capitanes con grado de comandantes, debe haber en la toga jueces con grado de magistrados.

Debió fortificar esta opinion, y aun dá lugar á creer que era la oficial, la Real órden de 23 de diciembre de 1851, espedida por el Ministerio de Gracia y Justicia, en cuyo art. 2.° se decia que era necesario título para el uso de honores, gracias y condecoraciones que se otorgaran por dicho Ministerio, pues si bien espresamente no hablaba de las categorías, el hecho es que empezaron á espedirse títulos á los comprendidos en ellas, del mismo modo que se hacia antiguamente con los que obtenian honores de magistrados. La interpretacion, pues, del Gobierno fué favorable á los que daban al Real decreto de categorías una significacion que no tenia.

Mas esplícito estuvo otro Real decreto que tiene tambien la fecha de 7 de marzo de 1851. En su art. 2.° ordena que al concederse la jubilacion á los magistrados y jueces pueden obtener los honores de la categoría superior inmediata, y en el 3.° que los abogados

y catedráticos de jurisprudencia que se hayan distinguido, cuando se retiren del foro ó del profesorado, puedan obtener los honores de cualquier empleo judicial, para cuya obtencion en propiedad tengan aptitud legal. Así se barrenó el Real decreto de 15 de setiembre de 1845 á que ya habia abierto un partillo otra Real órden de 14 de diciembre de 1848, concediendo á los Decanos de los colegios de abogados los honores de la toga mientras ejercieran aquel cargo, y personalmente si habian desempeñado tres veces el decanato. Y esta disposicion que se comprende hablando de los Decanos de los colegios de las poblaciones en que hay Audiencia, tal como está redactada, es estensiva á todas las poblaciones en que hay colegio, sucediendo por lo tanto que en un partido en que el juez es solo de entrada, el decano del colegio y los que lo hayan sido tres veces, tengan los honores de magistrados. Presume el Fiscal que la aplicacion práctica de esta Real órden se habrá limitado á los colegios de las capitales en que haya Audiencia, y no desconoce que el art. 4.° del Real decreto de 7 de marzo de 1851 ha limitado considerablemente sus efectos: pero de todos modos aparece claramente que antes de 1851 ya se habia echado en parte por tierra la Real órden de 15 de setiembre.

En 22 de diciembre de 1853 de nuevo se quebrantó la prohibicion de conceder honores y categorías, pues que se dió categorías de magistrados y fiscales á los relatores de este Supremo Tribunal y de las Audiencias.

Loables sin duda fueron las intenciones de los que creyeron que debian aconsejar á la Corona estas deviaciones del principio saludable que habia llegado á prevalecer: pero no calcularon por desgracia los males que originaban tales escepciones. Justo, muy justo es que los que han empleado sus mejores años en servir al Estado en la carrera de la magistratura y judicatura encuentren la recompensa de pasar los últimos dias de su vida en el descanso, y rodeados de la consideracion y honores que tenian cuando estaban en servicio activo: pero no es fácil demostrar que sea útil ni conveniente al bien del país dar al que sale del servicio mayor consideracion que al que en el servicio continúa. Justo es tambien que al catedrático distinguido se le den muestras de la consideracion y aprecio del país, pero del mismo modo que á un juez ó á un magistrado por importantes que sean sus servicios, ó por grande que sea su saber, no se le dá el título de doctor si académicamente no le obtuvo, ni los honores y

categoría de catedrático, no debe darse tampoco al catedrático la categoría de magistrado. El magistrado, el catedrático, el juez, el abogado, el relator, todos sirven al Estado, á todos los cubre la toga: esta es el distintivo profesional, esta es el vínculo comun que une á los juristas que se han dedicado á la práctica en sus diferentes ramos, y á los que se han consagrado á las especulaciones de la ciencia. Nadie debe desdeñarse de ser lo que es, nadie debe tener la pretension de sacrificar á una vanidad pueril intereses perpétuos de la administracion de justicia..... No por esto dirá el Fiscal que los decanos de los colegios, dejen de tener las consideraciones que actualmente disfrutan. Esta distincion no es á la persona, es á la nobilísima profesion del foro.

Por estas consideraciones, y con el fin de satisfacer los deseos del Gobierno, de no lastimar derechos adquiridos aun cuando lo sean por una interpretacion abusiva de las disposiciones vigentes, el Fiscal propone:

1.° Que se restablezca en toda su fuerza y vigor el Real decreto de 19 de setiembre de 1845.

2.° Que en su virtud no se concedan á nadie en adelante honores de magistrados ó jueces, ni se declare que servicios prestados en un destino de la carrera judicial ó fiscal se entiendan hechos en destino de mayor categoría.

3.° Que se abroguen los artículos 2.° y 3.° del Real decreto de 7 de marzo de 1851 relativos á los honores de la carrera judicial y la Real órden de 22 de diciembre de 1853.

4.° Que se declare espresamente que el Real decreto de 7 de marzo de 1851, que fija las circunstancias para obtener destinos en la carrera judicial, servirá en lo sucesivo en conformidad de lo que dice su artículo 4.°, solo para facilitar que se hagan con acierto las propuestas de promociones.

5.° Que á los que están sirviendo en la actualidad cargos que por consecuencia de la interpretacion que se ha dado á dicho Real decreto, son considerados como de categoría superior á los empleos que obtienen, continúen con los derechos en cuya posesion se hallan.

6.° Que los que sirven actualmente cargos que, pasado cierto número de años, dan derecho á una categoría superior, sean conservados en este derecho.

Para concluir esta consulta falta al Fiscal hablar de la causa

que la ha promovido, á saber las reclamaciones de dos fiscales acerca del lugar que debian ocupar cuando fueran llamados á suplir á otros magistrados. El Fiscal cree que la justicia exige que ocupen su lugar por antigüedad entre los demás magistrados, si bien aunque tengan la categoría de presidentes de Sala, nunca en la vista de los pleitos deban anteponerse al Presidente de la Sala, porque dése toda la fuerza que se quiera á una ficcion, no puede llevarse á términos que destruya la verdad. No por esto debe considerarse derogada la Real órden de 16 de marzo, ni obsta esto para que en los actos de pura ceremonia se les dé el lugar que les corresponda entre los presidentes segun la antigüedad que cuenten en esta categoría, conforme prescribe la Real órden citada de 16 de marzo.

Así podrá consultarlo el Tribunal ó como estime mas acertado. —Madrid 1 de febrero de 1856.

**Gomez de la Serna.**

# ENJUICIAMIENTO CIVIL.

### CONSULTA.

*En un asunto civil ordinario, ¿es indispensable proponer la prueba dentro del plazo que para ello concede el art. 273 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ó podrá el litigante que durante él no haga la propuesta, hacerla en el resto del término?*

En la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA no he visto tocada esta cuestion, que prácticamente me ha ocurrido ya algunas veces. Me consta, ya por estos casos prácticos, ya por relacion de letrados respetables de la ciudad de Valencia, que la Audiencia del territorio ha adoptado la jurisprudencia de no mirar como preciso que el litigante proponga prueba alguna durante el término para ello marcado por el citado art. 273, teniendo así como plazo útil para proponerla todo el término de prueba. Ya que no me sea dado sostener mi opinion en el terreno de la práctica, por ser contraria la del tribunal de apelacion, que en definitiva ha de deci-

dir las cuestiones que en el particular se susciten, quisiera ver tratada la cuestion en el de la ciencia dirigiéndome á ese periódico, á fin de que sus ilustrados redactores tengan á bien evacuar mi consulta, despues de tener la paciencia de leer los fundamentos en que apoyo mi pobre opinion.

Se vé claramente que la nueva ley ha querido, en cuanto á pruebas, introducir la novedad de dividir en dos el término de la tramitacion antigua, y así como en ésta durante todo él podia proponerse y hacerse la prueba, quiere que haya un término para proponerla y otro distinto para practicarla. Esta idea la vemos terminantemente consignada en el juicio de menor cuantía, pues que en el art. 1145 dispone que pasado el término de los tres dias que señala para la propuesta de prueba, no podrá esta proponerse ni adicionarse la propuesta; y aun en el juicio ordinario, si no tan espresamente, vemos que el artículo 273 marca el término para proponer al decir «que recibidos los autos á prueba se entreguen por seis dias á cada una de las partes sucesivamente *para que propongan lo que les convenga*»; con lo que tenemos señalado el término de doce dias para proponer la prueba, y el de cuarenta y ocho, que son los que restan hasta los sesenta de término general de prueba, para ejecutarla. Esto equivale á decir que el término se subdivide en dos períodos, una quinta parte de su totalidad para la propuesta, y las cuatro quintas restantes para la ejecucion.

Verdad es que el final del citado art. 273 es contrario á esta subdivision de propuesta y ejecucion al disponer que en el resto del término pueda solicitarse cualquiera *otra* prueba, porque corta el deslinde de los dos plazos. Pero esta añadidura incongruente, debida es, al parecer, á que el juicio ordinario se mira como de mucha mas entidad que el de menor cuantía, y á que se ha creido que pueden sobrevenir en él mil accidentes que den lugar á tener que echar mano de varios medios de prueba, para cuya propuesta no sea en muchos casos suficiente el término concedido por el art. 273. Este circunscribe la obligacion de proponer en los seis dias, si no toda, la mayor parte de la prueba, cuando dice «sin perjuicio de que en el resto del término puedan solicitar cualquiera *otra*,» pues que este pronombre, de relacion como todos ellos, no puede referirse mas que á la prueba que se haya propuesto durante el plazo concedido por el art. 273, y el decir sea otra la que se puede solicitar, no deja duda en que la ley ha querido que durante aquel

plazo se proponga alguna, y no haciéndolo es claro que no podrá admitirse pasado el plazo, porque entonces no deberia nunca llamarse con propiedad *otra*.

Los partidarios de la opinion contraria sostienen que el objeto del art. 273, no ha sido otro que el de que cada litigante tenga en su poder los autos por seis dias por vía de instruccion para hacer la propuesta de prueba, que no es preciso así que tenga lugar dentro de los seis dias, cuando el término de prueba es para proponerla y practicarla, y que el objeto del precepto del citado art. 273 es la entrega de los autos, y el fin de esta la propuesta de prueba. Semejante interpretacion, sino falta de ingenio, lo está en mi concepto de apoyo en la letra del precepto, que es tan claro que no permite interpretacion alguna, al decirse entreguen los autos por seis dias á cada una de las partes para que propongan la prueba, pues que á haber querido otra cosa distinta de lo que estas terminantes palabras espresan, no es tan pobre nuestro idioma que no permitiera espresarlo fácilmente con solo decir, para que se enteren de ellos y puedan durante el término de prueba proponer y hacer la que les convenga.

Estoy conforme en que el término para proponer la pruba se mire como comun, y que así tenga derecho el demandado á hacer la propuesta durante los seis dias en que se le comunican los autos para ello, como durante los seis en que antes estuvieron en poder del actor, y que este lo tenga así durante los seis dias en que los ocupa, como durante los seis en que los tiene el demandado. Convengo en que este término de la propuesta se mire como de los prorogables, y que así en el caso de devolver uno ú otro de los litigantes los autos pasados los seis dias, bien en virtud de apremio, bien sin él, y á ellos acompañe la propuesta de prueba, deba admitírsele, y seguir adelante la sustanciacion de aquellos segun su estado, que en este caso no es otro que el de practicar la prueba propuesta, con la facultad en los litigantes de solicitar cualquiera *otra* en el resto del término. Pero de ningun modo creo que quede en facultad del litigante proponer prueba en el resto del término, sino la ha propuesto durante el plazo para ello señalado, porque en este caso podemos decir como el Sr. D. Francisco Palau, ilustrado abogado de Valencia, en un articulo que sobre la materia publicó en *El Foro Valenciano* ¿de qué sirve el art. 273 de la Ley de Enjuiciamiento civil?

JOSÉ REIG.

*Contestacion.*

No estamos conformes con la opinion de nuestro ilustrado suscritor. Creemos por el contrario que aunque no se haya propuesto la prueba dentro del plazo en que las partes deben devolver los autos, se ha de admitir la que despues se proponga dentro del término probatorio. Darémos los fundamentos de nuestra opinion.

Al ordenar el art. 273 de la Ley de Enjuiciamiento civil que se entreguen los autos por seis dias á cada una de las partes respectivamente para que propongan lo que les convenga, quiso resolver las antiguas dudas que existian antes sobre el tiempo por que cada uno de los litigantes debia tener los autos en su poder: quiso tambien evitar los abusos que de antiguo venian practicándose, reteniendo los autos el que primero los tomaba, y reteniendo su devolucion, á pesar de apremios y recogidas por mas término que su contrario. El dejar esto á la prudente discrecion del Juez estaba ya desacreditado por la esperiencia, y daba lugar á las veces á que se creyera parcialidad en el juzgador por actos en que realmente no la tenia. Los autos se entregan para que los interesados puedan examinarlos con el detenimiento necesario y presentar las pruebas que sean mas conducentes al objeto de las respectivas pretensiones. Se corrigió el derecho antiguo, porque además de la razon espuesta habia en él una notable desigualdad entre los litigantes, puesto que el uno tenia por lo menos doble término que el otro para preparar y hacer su prueba; pero no se negó el derecho de hacerla en todo el término probatorio. Ahora el que tome antes los autos, solo tendrá seis dias de ventaja sobre su contrario, lo que si bien no los constituye en una igualdad absoluta, al menos se aproxima en lo posible á ella disminuyendo considerablemente la desigualdad antigua.

Mas, lejos de exigir la ley que la prueba se presente dentro del término de los seis dias ó al terminarse y devolverse los autos, nada dice, y ni una sola frase emplea de que esto pueda inferirse: deja por el contrario en el libre arbitrio de las partes presentarla entonces ó despues con tal que sea en el término de prueba, si bien teniendo en cuenta que seria muy frecuente y aun lo comun ofrecerla al devolverse los autos, añade que esto es *sin perjuicio de que en el resto del término puedan solicitar cualquiera otra.* A nuestro modo de entender, esta es la verdadera interpretacion de la ley, que

si se separó en algo de la regla que habia adoptado para los negocios de menor cuantía, como efectivamente lo hizo, sería tal vez por la consideracion de que en estos la prueba generalmente es sencilla y sobre hechos recientes, lo que no sucede siempre en los demás negocios cuyas pruebas suelen ser complicadas y á las veces se refieren á hechos que han tenido lugar en tiempos muy antiguos.

**Los Directores de la Revista.**

# DERECHO PENAL.

*¿Debe considerarse siempre como circunstancia atenuante la confesion del reo, ó es preciso que concurran en ella ciertos y determinados requisitos?*

He aquí una cuestion que se está debatiendo todos los dias en los Tribunales y sobre la que es diversa la opinion de algunas Audiencias.

Es innegable que debe de servir en ciertos casos como motivo de atenuacion esa prueba de arrepentimiento que dá el reo con la confesion y que tanto sirve para la celeridad del procedimiento como para castigo del culpable; pero tambien lo es que no debe de dejarse siempre en manos del delincuente la facultad de librarse de una pena á que se haya hecho acreedor por sus escesos.

Debe darse, sí, cierto aliciente á los reos para lograr sus confesiones, pero es preciso ser muy cauto y circunspecto en concedérsele, porque de otro modo seria dejar siempre en su poder un arma de que podian hacer uso segun mejor les conviniese.

Nuestras antiguas leyes, demasiado severas, no consideraron nunca á la confesion, como causa atenuante del delito, y á pesar de apelar al *tormento* para arrancarla, no creyeron conveniente dar ningun estímulo para conseguirla voluntariamente.

Así se vé que el Fuero Real y las Partidas, despues de enumerar varias clases de *conoscencias*, no dan ningun favor á la confesion espontánea que hace el reo de su crímen, y solo ordenan que se ratifique la dada por este en el tormento y que no tenga ninguna fuerza la prestada por miedo de muerte ó por deshonra.

Este precepto sin embargo pareció demasiado duro, y ya en 1754, habiendo habido un reo que tenia varios cómplices y que se trataban de descubrir, se creyó oportuno por la Sala de Alcaldes el ofrecerle la minoracion de la pena si los declaraba y consultar sobre ello á S. M. que despues resolvió lo siguiente:

«Vengo en conceder la facultad que solicita la Sala para proce»der en la causa de N. cumpliendo lo ofrecido, pero en lo sucesivo »antes de prometer á los reos en casos de esta naturaleza impuni»dades ó minoracion de penas, me lo consultará la Sala» (1).

Mas á pesar de un mandato tan esplícito, la práctica encargada de reformar y suplir los actos de legislacion fué poco á poco concediendo cierta *compasion* hácia los reos confesos, é insensiblemente admitió en ella una causa de atenuacion de la penalidad.

Sin embargo, el nuevo Código, conociendo que era arriesgado el establecerla en principio, no se atrevió á determinarla de una manera fija é invariable, sino que solo la apreció para ciertos casos, y con especiales requisitos.

Es verdad que en los mas de los casos en que por el Código se aprecia la confesion, no es solo como un motivo de atenuacion, sino de absoluta disculpa; pero tambien lo es que aun ampliándola á otros, en conformidad con las reglas en ellos establecidas, siempre se encuentra limitada y circunscrita.

Por regla general, la confesion de un reo no es ni puede ser circunstancia atenuante de su delincuencia, por no haberla determinado la ley de una manera *absoluta* y *abstracta*, y solo puede admitirse como tal cuando concurran en ella los requisitos que de aquella se desprenden.

La ley, empapada todavía en los antiguos principios, y no atreviéndose justamente á dar un gran salto, solo aprecia la confesion para el objeto de minorar la pena en los delitos no consumados.

Basta para convencerse de esta opinion lo dispuesto en el párrafo 4.° del art. 4.° para los delitos de proposicion y conspiracion; en el 209 para el de sociedades secretas, y en el 259 para los de falsificacion, en que requiere la circunstancia indispensable de que se haga antes de la emision de la moneda ó documentos.

De todos estos artículos, pues, se deduce, que la confesion solo

(1) Salazar, *Noticias del Consejo.*

puede aprovechar al reo cuando por el delito aun no se ha causado ningun perjuicio, y es como una prueba de voluntario desistimiento.

Otra de las condiciones que, segun dichos artículos, debe de tener la confesion, es que se haga *antes de incoharse el procedimiento*, y sea como una delacion que se hace el culpable á sí mismo.

Digno de toda consideracion debe ser el delincuente que despues de haber cometido un acto criminal se entrega voluntariamente á la espada vengadora de la justicia, y la ley, demasiado sábia, no ha podido menos de participar de este sentimiento, y de ver en aquel hecho un motivo de atenuacion.

Tambien se deduce de los arts. 163 y 209, que la confesion se verifique antes de que el tribunal TENGA CONOCIMIENTO DEL DELITO ó una PRUEBA PLENA de su existencia y de la del delincuente.

El art. 163 obliga á todos ejercer un justo espionaje para la conservacion de la sagrada vida del Rey y de su inmediato sucesor, y de él se desprende naturalmente que la confesion ha de ser el descubrimiento de un proyecto de que la autoridad no tenia noticia, para de este modo evitar que los conspiradores lleven á efecto sus diabólicos planes.

Se confirma aun mas esta opinion con lo dispuesto en el art. 239 en que se dice: que los culpables de falsificacion que se delataren á la autoridad antes de comenzar el procedimiento, quedarán exentos de pena. La ley, si bien ha querido favorecer al reo que con su confesion además de acelerar el procedimiento, quita todas las dudas sobre el delito y el delincuente, no ha podido sin embargo premiar á aquel que, sabiendo existe una prueba completa de su criminalidad, no se obstina en una negativa *infructuosa*.

Y por último otro de los requisitos que debe reunir la confesion del reo, segun los arts. 4.°, 209 y 239 del Código penal, es que sea una *verdadera revelacion* del delito y de sus circunstancias, y no una narracion inexacta de él y de sus accidentes, que destruya en parte su gravedad; porque entonces en vez de dar con ella el criminal una prueba de arrepentimiento, no ha hecho mas que distraer el ánimo judicial y entorpecer la causa con hipótesis que siendo falsas es preciso despues tratar de rebatir.

Se vé pues de los artículos que hemos enumerado, que para que la confesion se aprecie por los tribunales como causa de disculpa de la delincuencia, es preciso: 1.°, que el delito no sea consumado: 2.°, que no se haya comenzado el procedimiento: 3.°, que la autori-

dad no tenga ninguna noticia del delito ni del delincuente; y 4.°, que sea una verdadera revelacion del hecho y de sus circunstancias.

Ahora bien ¿será necesario que concurran conjuntamente todos estos requisitos para que la confesion del reo sea una causa atenuante de su delincuencia?

El DESISTIMIENTO de que trata el párrafo 4.° del art. 4.°: el ESPONTANEAMIENTO del 209; y la DELACION del 239, hacen creerlo así, y manifiestan que la confesion no produciria el efecto de eximir de responsabilidad al reo de cualquiera de estos delitos, si no concurrian en ella todas las circustancias de que hemos hecho mérito.

Pero considerando á la confesion solo como motivo de atenuacion, y aplicando á ella las demás disposiciones del Código, la cuestion no puede resolverse del mismo modo.

La regla 1.ª del art. 9.° del Código penal dice que serán circunstancias atenuantes todas aquellas en que no concurran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, y por consiguiente aplicando esta máxima al caso actual, es indudable que aunque falte alguno de ellos, no por eso dejará de ser la confesion causa bastante para la disminucion de la pena, siempre que no sea de aquellos que la dan su valor intrínseco como son el tercero y cuarto de los que hemos designado.

Es verdad que la ley ha hablado de la confesion de una manera taxativa, y que por lo tanto no debe estenderse á otros casos que á los que ella tiene apreciados con anterioridad, pero si esto es cierto para considerarla como causa de exencion de responsabilidad, no es lo mismo para tenerla como motivo de atenuacion, porque además de ser una regla de derecho *que debe ampliarse lo favorable* y restringirse lo odioso, el precepto que se establece en la regla 8.ª del art. 9.° del Código penal, justifica de una manera suficiente el que se aplique á ella una interpretacion estensiva.

Así pues creemos que la confesion solo será circunstancia atenuante cuando concurran la mayor parte de los requisitos que hemos designado, y de ningun modo cuando independiente de la confesion del reo hay en autos una prueba plena de su delincuencia, y tambien cuando no es una revelacion exacta del delito y de sus circunstancias porque entonces faltan los principales fundamentos de que se deriva.

Teodoro Gomez Rodriguez.

# DERECHO CIVIL.

## CONSULTA.

*¿Tiene la mujer capacidad para ser nombrada curadora ejemplar de su hermana ó hermano?*

### *Contestacion.*

Con arreglo á los principios de nuestro derecho anterior á la Ley de Enjuiciamiento civil, no tenia la mujer capacidad para ser nombrada curadora como no fuera de su hijo ó de su nieto. Es verdad que las leyes de Partida solamente imponen esta prohibicion á las mujeres respecto á la tutela, pero nunca se dudó que su espíritu era estensivo á la curadoría. Sucede aquí lo que en otras partes del derecho en que las doctrinas que se adoptan en un punto determinado por identidad de razon se aplican á otros. Y esto no sucede solamente en nuestro derecho, tuvo tambien lugar en el romano. Formado este derecho como se ha dicho oportunamente, por aluvion, conjunto de reglas adoptadas lenta y sucesivamente, no podia tener en su compilacion esa precision, ese carácter generalizador, ese método que separando las disposiciones comunes á dos ó mas materias de las especiales á cada una, brilla en los Códigos modernos. Por eso, tratando de la estipulacion comprendió muchas reglas que habian de ser aplicables á todos los contratos por título lucrativo, como tratando del contrato de compra y venta, fijó con relacion á él muchos preceptos comunes á todos los contratos onerosos; del mismo modo al organnizar la tutela, comprendió muchas disposiciones que eran aplicables á la curadoría y al tratar de la curadoría de los menores muchas que se referian tambien á la curadoría ejemplar. Las Partidas, á pesar de su mérito indisputable, no hicieron esta separacion rigorosa: siguieron el ejemplo del derecho romano tambien en el particular; pero sucedió lo mismo que en Roma; nadie dudó de la interpretacion que debia dárseles, y respecto á la curadoría nunca se puso en cuestion que segun la ley solo estaban admitidas á desempeñarla la abuela y la madre, con esclusion de todas las demás mujeres.

Prevaleció por lo tanto con esa sola escepcion el principio de que la tutela y curadoría eran cargos públicos y viriles; y esta regla ha venido rigiendo en nuestra sociedad hasta tiempos muy recientes.

Mas, á pesar de la ley observada siempre respecto á la tutela y curadoría de los menores, empezó á introducirse modernamente una práctica favorable á los incapacitados, que si bien contrariaba al derecho escrito, satisfacía á necesidades de un órden mas elevado que el empeño de sostener en toda su fuerza un principio que desde antiguo venia establecido. Empezóse á dar á los que se incapacitaban como curadoras ejemplares á sus mujeres, si tenian circunstancias adecuadas para desempeñar el cargo; práctica que confiando la guarda del incapacitado á quien, cualquiera que fuese la disposicion de la ley, realmente la desempeñaba casi siempre, á quien mas cariño y mas interés tenia por el infeliz privado de razon, y á quien mas habia de mirar por el bien de toda la familia, señaló al legislador el camino que debia adoptar para la reforma. Pero esta práctica no era general, y casi siempre prevalecia sobre ella el precepto escrito por el legislador.

La Ley de Enjuiciamiento civil realmente no tenia la mision de corregir al derecho civil en el sentido estrícto de esta frase, ó como se diria ahora en la nomenclatura que adoptan algunos, las leyes sustantivas: su objeto eran solo las leyes que se referian al procedimiento en los negocios civiles: sin embargo, muchas veces hizo escursiones á aquel terreno, y especialmente en los puntos ligados mas inmediatamente con el procedimiento. No fué el punto á que en el particular alcanzó menos la curadoría ejemplar, en la que hizo cambios importantes. Fué el primero destruir el antiguo principio de que toda curadoría era dativa; la del incapacitado debia ser en adelante legítima primero, y solo á falta de la legítima, podia la dativa tener lugar. Admitió además y dió fuerza de ley á la práctica racional de que las casadas con el incapacitado fueran llamadas á la curadoría ejemplar, y la estendió á las parientas que estuvieran dentro del segundo grado, si bien anteponiendo siempre al padre y á los hijos varones. Solo en defecto de estos curadores legítimos ó en el caso de no tener la capacidad necesaria para el desempeño de su cargo ó de escusarse legítimamente, es cuando entra la curadoría dativa. La ley ha esperado y con razon las del amor, de la ternura de la mujer, de las hijas y de las hermanas que de parientes varones mas

lejanos, de amigos y de personas absolutamente estrañas á la familia.

Y que el artículo 1245 de la Ley de Enjuiciamiento civil, bajo la denominacion de *hijos* y *hermanos* comprendió á las hijas y á las hermanas, no puede ponerse en duda, porque así lo esplica el artículo 1246 cuando dice que si hay varios hijos ó hermanos sean preferidos los varones á las hembras.

Mas la ley que hizo este importantísimo cambio, admitiendo en la curadoría ejemplar á mujeres á quienes el derecho antes rechazaba, no es aplicable ni á la tutela ni á la curadoría para bienes: en el órden de llamamiento ninguna alteracion hizo para estos cargos.

**Los Directores de la Revista.**

---

CONSULTA.

*¿Tiene el padre facultad para hipotecar los bienes que el hijo herede de su madre?*

DICTÁMEN.

A no asegurársenos que en alguna parte pasa como doctrina corriente que el padre está autorizado para hipotecar y aun para vender los bienes que al hijo han correspondido de la herencia materna, no creeriamos que podia estar sujeto á dudas. Las leyes de Partida no dan lugar, á nuestro juicio, á cuestiones sobre este punto. La 5 del tít. XVII de la Part. IV, al establecer cuáles son los bienes adventicios, ó el peculio adventicio de los hijos, pone como uno de los ejemplos el de la herencia de la madre, y añade que la propiedad pertenece al hijo y el usufructo al padre. La ley 15 del tít. XVIII de la misma Partida solo dá al padre cuando emancipe al hijo el derecho de reservarse la mitad del usufructo y la ley 48 de Toro (3 del tít. V del lib. X de la Nov. Rec.) ordena que el padre restituya los bienes adventicios al hijo ó hija que se case y vele, sin que le quede parte alguna del usufructo de ellos. Es claro, pues, que los bienes correspondientes á los hijos por heren-

cia de la madre, no son del padre, sino de los hijos, que este debe conservarlos, restituirlos en su dia, y que por lo tanto no está facultado para enajenarlos, porque nadie puede enajenar lo que no es suyo, ni lo que está sujeto por la ley ó por cualquier acto civil á restitucion.

Ni tampoco puede hipotecar los bienes adventicios, porque como dice la ley 7 del tít. XIII de la Partida V, solo pueden hipotecar los que son dueños ó los que tienen un derecho en la cosa, es decir, que nadie puede empeñar ni hipotecar, mas que aquello que le corresponde. En el caso propuesto, al padre no le corresponde la propiedad; luego es claro que no puede hipotecarla. Mas como tiene un derecho en la cosa, que es el usufructo, este derecho, y no mas, es lo que podrá dar en garantía como hipoteca; pero solo en cuanto á él le corresponde, con arreglo á las leyes, y por lo tanto, tan luego como el hijo ó hija se casen, como el padre pierde el usufructo, concluirá del todo la hipoteca, y concluirá solo en la mitad, en el caso de una emancipacion voluntaria y no legal.

**Los Directores de la Revista.**

---

## LEGISLACION HIPOTECARIA.

### CONSULTA.

1.ª *Estando dentro de los 15 dias del otorgamiento de una escritura de adjudicacion de bienes de una herencia, ¿habrá lugar á la multa del 2 por 100 que parece ser lo que exige un contador de hipotecas?*

2.ª *Habiendo tres interesados en la adjudicacion ¿podrá comprenderse la de todos tres, bajo de un solo testimonio, ó habrá lugar al reintegro de un pliego de papel de ilustres por cada uno, como exige el mismo contador?*

3.ª *¿Puede negarse el contador de hipotecas á poner en el testimonio, nota del dia en que se le presentó?*

4.ª *¿Puede negarse á dar certificacion de esta negativa y de la de toma de razon?*

DICTÁMEN.

Contestaré á las cuatro cuestiones: en sentido negativo á las dos primeras; y en sentido afirmativo á las dos segundas.

1.ª Estando dentro de los quince dias despues de otorgada la escritura de adjudicacion, se está en tiempo hábil de la toma de razon; porque los 15 dias marcados por el art. 8.º del Real decreto de 26 de noviembre de 1852, deben contarse, cuando hay particion, desde la fecha esclusive de la adjudicacion; y por consiguiente no hay lugar á la multa.

2.ª El haber y adjudicacion de los tres interesados en la herencia, no puede comprenderse bajo un solo testimonio, porque cada uno de los partícipes en ella debe tener un título de pertenencia para acreditar siempre su procedencia, que es la adjudicacion; y con él presentarse cada cual á la toma de razon, dentro de los 15 dias espresados: disposicion marcada en nuestras antiguas leyes, y en la Novísima de Enjuiciamiento civil, art. 491; además de que el comprender tres adjudicaciones bajo un solo testimonio, seria lo mismo que estender tres instrumentos bajo un solo pliego de papel, en contravencion al art. 63 del Real decreto de 8 de agosto de 1851: no pudiendo subsanarse esto con el reintegro del papel que se exige, porque aunque la Hacienda quedaria indemnizada en parte, resultarian los interesados privados de un título especial y respectivo á cada uno por su haber y adjudicacion.

3.ª El contador puede negarse, en el caso supuesto, á poner la nota que se exige, por no ser un documento hábil para tomar la razon de tres adjudicaciones en un solo pliego.

4.ª Asimismo puede negarse á espedir la certificacion que se pide, porque no hay abuso de la resistencia á la toma de razon; pero no cuando hubiera arbitrariedad en negar la certificacion, ó fuera la negativa sobre abuso cometido por el contador (1).

**Manuel Gutierrez Sedano.**

(1) Los Directores de la REVISTA están conformes con las opiniones que se emiten, si bien creen respecto al punto cuarto, que aunque no puede decirse que hay falta en el Contador que se niega á dar certificacion, es más decoroso para él, y más imparcial el espedirla, espresando las causas por que no ha tomado razon.

## SECCION DOCTRINAL.

# ENSAYO HISTÓRICO-FILOSÓFICO-LEGAL SOBRE EL DUELO (1).

*(Continuacion.)*

## II.

### EL DUELO EXAMINADO Á LA LUZ DE LAS TEORÍAS DEL DERECHO PENAL.

La legislacion no ha estado siempre de acuerdo en el modo de considerar el desafío; hubo un tiempo en que fué un acto indiferente para el poder; gozó de alto favor en la edad media, y en el siglo XVIII las leyes han llegado á castigar á los duelistas con la infamia, la confiscacion y la muerte; merced á las tendencias pacíficas de una generacion profundamente pensadora y agitada por las controversias de la escuela.

¿Cuál de estas legislaciones será la mejor, la que tolera el duelo considerándole siempre como un acto indiferente para la justicia, ó la que siempre le proscribe como un grave delito? Ninguna de las dos.

En el duelo hay que considerar dos cosas; de un lado el acto en sí mismo, la simple provocacion á desafío, su aceptacion, el hecho de batirse sin resultado; del otro las consecuencias materiales de este hecho, las heridas, las muertes que á veces resultan, y que á parte del duelo pueden ser otros tantos hechos justiciables.

Ni en el terreno del poder, ni en el de la ciencia debe prescindirse de esta distincion, porque nunca puede dejarse de distinguir lo que es diverso en el órden de la naturaleza; y diferencia hay á la verdad entre la provocacion á desafío y su aceptacion, entre un duelo concertado y otro llevado á su término, entre el duelo que no tiene ningun resultado fatal y el que acaba por herirse ó matarse los combatientes.

(1) Véase la pág. 5 de este tomo.

No hay pues que confundir el duelo con sus consecuencias.

Bajo este último punto de vista el duelo es un mal, un suceso lamentable siempre; pero un mal es tambien la guerra, aunque se haga con derecho, un mal es el suicidio, aunque proceda de un acto de demencia; lamentable es toda desgracia aunque sea producida por el acaso. Se dispara el arma de un cazador, y hiere ó mata á un compañero que ha cometido la imprudencia de salirse de su puesto, y colocarse en una direccion peligrosa; hé aquí un mal material, una catástrofe; perecen en el hundimiento de un terreno los trabajadores que practicaban su escavacion; un enfermo en el delirio de de la fiebre comete un homicidio; todo el mundo vé en estos sucesos una desgracia lamentable, una terrible fatalidad, pero no un crímen; la conciencia humana compadece á las víctimas, pero no condena á nadie.

No insistirémos mas sobre este punto, porque esta doctrina corre ya en el mundo sin ningun género de contradiccion ni de duda, y porque además la cuestion es, si aunque no resulten heridas ni muertes hay en el duelo un delito; si en la simple provocacion á desafío, si en su aceptacion, si en el hecho solo de batirse hay una rebelion contra los poderes sociales, una apelacion á la fuerza, una subversion de los principios de justicia, la sustitucion ILEGÍTIMA de la propia autoridad y de los medios individuales á la autoridad pública.

No hay para qué negar que esta cuestion se resuelve afirmativamente casi por todos los escritores; pero no somos de esta opinion, aunque sea la mas generalmente recibida.

El duelo en nuestra opinion no es siempre un delito. Lo será en mas de una ocasion; lo será siempre que no se funde en un motivo legítimo, porque la aplicacion de este medio seria entonces injustificable, abusiva, y el abuso es siempre un hecho criminal, aunque sea en el ejercicio de un derecho el mas santo y respetable. Lícita es la propia defensa contra una agresion injusta, la libre manifestacion de las ideas por medio de la imprenta es un derecho constitucional; pero si la defensa se lleva mas allá de los términos racionales, ó si el escritor público prostituye su pluma para calumniar infamémente á los demás, descendiendo al terreno vedado de las intenciones ó de la vida privada, ni uno ni otro usan de un derecho, abusan, y se hacen reos de un delito que será mas ó menos grave, segun sus accidentes. Lo mismo sucede en el duelo, y el fundamento de esta opi

nion creemos hallarle en las teorías de la penalidad, en los principios inalterables de la justicia, de la moral y de la ciencia.

Rogamos á los que no pienesn como nosotros que no se escandalicen, y que aguarden á juzgarnos despues de haber oido todo lo que tenemos que decir.

Examinemos esta cuestion tan profundamente como merece.

Que el duelo no tiene todos los caractéres del delito, es evidente para todo el que cerrando los ojos á la luz no quiera desconocer los elementos que constituyen la naturaleza de este hecho moral.

Primeramente la conciencia humana no ha estado siempre de acuerdo en condenar al duelo, y ha condenado siempre al robo, la violacion, el asesinato, el incendio y todos los hechos que se les parecen. ¿Y por qué han repugnado siempre al género humano el robo y otros hechos? Porque este es el privilegio del crímen.

Hagamos alto en esta investigacion de las leyes de la moral.

Toda accion prohibida por las leyes penales de un pueblo será ciertamente un delito legal, y en este órden de ideas el duelo es un delito en donde quiera que las leyes le castigan. Pero la ley no puede convertir en delitos los hechos que no lo son, como no podria absolver como inocentes el robo y el asesinato. Si no ha de ser impotente la legislacion en esta materia, tiene que seguir los instintos de la conciencia humana. Declare la ley que la propia defensa es un crímen, ó que el robo es un acto inocente; el robo será á pesar de esta declaracion un delito, la propia defensa un derecho. Las leyes en materia penal no son ó no deben ser otra cosa que la espresion de lo que siente la humanidad sobre los hechos que sirven de materia á sus declaraciones. La moral condena como un delito el asesinato, y la ley que lo declara tal y que lo pena, no hace mas que reconocer este hecho preexistente, y añadir su sancion á las sanciones de la justicia púlica, que están en la reprobacion general, á las sanciones de la conciencia y de la moral, que están en el pesar y en los remordimientos.

La existencia del crímen en un hecho que no repugne á la conciencia humana, es una idea de que no sabemos darnos esplicacion, porque la moral no es mas que la ley del espíritu humano. Apelamos en este punto á los principios y doctrinas reconocidas por todas las sectas filosóficas, por todas las escuelas del derecho. Los utilitarios, lo mismo que los que fundan el derecho de castigar en

el sentimiento de una justicia primitiva, todos convienen en esta idea capital.

La teoría es esta. No todos los actos que condenan la moral y la conciencia son un delito, pero tampoco puede haber delito en un hecho inocente para la conciencia y la moral. Por el contrario, los límites de la justicia humana son mas estrechos; la moral y la religion se mueven en más ancha esfera, y así es que la justicia social no solo puede ni debe condenar lo que la moral no condena, sino que hay muchos hechos reprobados por la moral que las leyes no deben perseguir criminalmente.

Pues está es cabalmente la primera especialidad del duelo. Preguntada la conciencia de los duelistas si les persigue el remordimiento cuando han tenido de su parte la razon, cuando han provocado ó aceptado el desafío fundados en un motivo legítimo. Habrán esperimentado el pesar, el disgusto que produce siempre una situacion comprometida, y si el duelo ha tenido un término fatal, les habrá quedado la amargura de un suceso doloroso, pero inevitable, por un compromiso que ellos no hubieran deseado jamás, mas el pesar de los remordimientos nunca. Interrogad á la sociedad, á la opinion pública, intérprete de la conciencia comun, respecto de un desafío de los que la opinion misma califica de inevitables por sus motivos, y la sociedad absuelve y sanciona este hecho de honor.

Y no hay que decir que el duelo en general es reprobado por la sociedad misma. En los mas de los casos esto es verdad, porque tambien son pocos los duelos que se fundan en un motivo grave y racional; los mas son hijos de una calaverada ó de una imprudencia, y en tal caso lo que la sociedad reprueba no es el principio, sino su exageracion, es el abuso del duelo; porque la razon pública no puede menos de reprobar la aplicacion de este medio por una causa frívola ó ilícita, no puede menos de reprobar el desafío por moda, las provocaciones de un baratero ó de un espadachin, la mofa insolente de un duelista de oficio. Pero ya lo hemos dicho otra vez; no hay que confundir el abuso del desafío con el desafío mismo, como no hay que confundir las consecuencias lamentables de un duelo con el hecho moral.

Podrá oponerse al razonamiento que vamos haciendo que el mundo se forma á veces ideas equivocadas acerca de la moral por motivos supersticiosos ó por fanatismo, y por consiguiente que la conciencia de la humanidad no siempre será una buena guia.

Esto es verdad limitándolo en su aplicacion á épocas y pueblos determinados. Las mujeres persas que tienen la desgracia de perder á su marido se arrojan á la hoguera para seguirle á la tumba; y es tan fuerte allí esta terrible preocupacion, que los parientes de la víctima y el pueblo asisten á este tremendo espectáculo como á una solemnidad, á una fiesta. Los autos de fé que ordenaba la inquisicion para quemar á centenares los hereges fueron por algun tiempo entre nosotros espectáculos solemnes á que asistian los reyes y los obispos, y un pueblo alborozado que se gozaba en el martirio de las víctimas, sin que la suerte de los desgraciados, ni lo horrible del suplicio arrancasen á la muchedumbre fanatizada ni un suspiro de compasion, ni una lágrima de dolor. Las turbas de jacobinos en la revolucion francesa empapaban los pañuelos en la sangre de los que morian en el patíbulo de los revolucionarios, y deificaron la guillotina; pero estas locuras de la razon humana, ó han sido de corta duracion, ó han vivido en cortos períodos, ó han estado defendidas por el fanatismo político ó religioso, que es el patrimonio de la multitud y de las masas, y ninguna de estas circunstancias concurre en el desafío.

Primeramente no es el vulgo, no es una muchedumbre supersticiosa y fanatizada la que aplaude y mantiene esta costumbre; es la parte inteligente y pensadora de la sociedad la que se desafía, son las clases altas y acomodadas, son el filósofo y el moralista que le condenan en el retiro de su gabinete, es el mismo legislador que le castiga; tal es su poder, tal su prestigio.

Por otra parte la religion le condena, los gobiernos le persiguen, y sin embargo el duelo, que nació con la invasion de los bárbaros, ha seguido todas las vicisitudes y revoluciones de Europa, ha sobrevivido á los gigantes acontecimientos por que ha pasado esta parte del mundo, y compañero de su civilizacion en su infancia como en su virilidad, vive aplaudido y triunfante despues de muchos siglos.

No es por consiguiente la supersticion, patrimonio de la muchedumbre, la que mantiene el duelo, porque la muchedumbre no se desafía; no son las ideas equivocadas acerca de la moral las que han obrado este prodigio, ni le han dado esa inmensa duracion; pasaron las persecuciones en nombre de la fé, pasó la hora de los patíbulos políticos; nunca las aberraciones del entendimiento humano obtuvieron tal favor y tales triunfos; esto es el privilegio de la verdad, el privilegio de las ideas fecundas, que avanzan al porvenir for-

taleciéndose en la resistencia, y ganando terreno en cada lucha.

Y en el duelo hay que hacer otra observacion. No solamente no le reprueba la conciencia del género humano, cuando se funda en motivos legítimos, no solamente le exige y le aplaude la sociedad, sino que es un motivo de merecimiento.

Antes hemos hecho notar que ninguno que sustenta un desafío cuando la razon está de su parte, esperimenta pasado el lance la amargura del remordimiento por su conducta. Ahora haremos observar que al contrario es una de las acciones honrosas de la vida, es un título que le recomienda á los ojos de los demás, y ese mismo hombre que se avergonzaría de haber mentido una sola vez, que no querria que se hiciesen públicas sus debilidades, por ejemplo con una mujer, ú otras flaquezas de su vida, no se ruboriza de que se haga público un desafío, sino que si buscó por tal medio la reparacion de un ultraje irreparable de otro modo, lo cuenta él mismo con una noble altivez.

Otra especialidad hay en el duelo. El elemento generador del delito es el principio del mal, y no es el principio del mal el que conduce al desafío. No es un principio de perversidad, no es un interés corruptor, no son las malas pasiones el principio generador del duelo. El hombre de mala índole no se bate; asesina, se venga; se bate el que se estima á sí propio, el que es incapaz de cometer una villanía, una mala accion. ¿Y cómo ha de ser culpable y reprobado per la moral un hecho producido por un sentimiento de virtud, por las pasiones mas generosas? Porque no hay que dudarlo; para batirse en desafío se necesita mas que valor el sentimiento de la virtud. No hay un hombre que provoque ó acepte un lance de esta especie, como no sea un baratero ó duelista de oficio, que no esperimente disgusto y grave pesar por su situacion; se bate, espone su vida, se conduce valerosamente, pero este es un acto de heroismo, es una víctima que se sacrifica á sí propia en homenaje á las costumbres de una sociedad que así lo exige.

Anticipándonos á las observaciones que puedan hacérsenos, no queremos concluir este punto sin hacernos cargo de un argumento que encontramos en un artículo sobre el duelo publicado en la *Revista semanal de Legislacion y Jurisprudencia* del año de 1844. En este trabajo, escrito sin duda con talento, aunque bajo el imperio de las preocupaciones existentes contra el duelo, hay este párrafo notable. «En el momento en que están los dos que van á batirse enfren-

»te uno del otro, aun cuando el delito no se ha consumado ni aun »empezado á ejecutar, hay ya sin embargo uno de los elementos »constitutivos de toda intencion criminal, la inmoralidad del agen»te; inmoralidad por el objeto ó fin: este elemento no puede variarse »ó varía con mucha dificultad en el desafío. Lo que sí es variable »es el del peligro social, siendo circunstancia mas ó menos agravan»te para la imposicion de la pena, segun que se haya logrado el »objeto ya en todo, ya en parte. En otro delito cualquiera, el hom»bre que hiere, manifiesta mayor perversidad que el que mata; por»que por regla general no lleva en uno y en otro caso la misma in»tencion. Pero en el desafío todos los resultados que pueda este tener, »heridas ú homicidio, preexisten ya en el designio premeditado, »en el peligro y azares que ambos contendientes aceptaron. Cuando »llegan al sitio convenido, y elegidas armas de fuego dispara el uno »contra el otro, ¿hay en realidad alguna diferencia para apreciar la »criminalidad de la accion entre que se maten, se hieran, ó se li»sien? No, porque la intencion era la misma.»

A juzgar por lo que se deduce de este párrafo, aparte de las consideraciones á que dan lugar los que le preceden, se vé claramente que su autor se propuso demostrar que en el desafío por lo menos hay un fin inmoral, porque hay intencion de matar, y esta no puede ser nunca legítima; lo cual no deja de ser una grande equivocacion. La intencion de matar no puede calificarse de inmoral por sí sola, porque no lo es en sí misma, del mismo modo que el acto de matar á otro, el homicídio consumado puede ser un acto inocente. Intencion de matar tiene el soldado de una batalla; intencion de matar tiene sin duda el propietario que defiende á escopetazos su casa contra los malhechores que la asaltan, y á fé que no cometen un acto inmoral. Para que haya perversidad en la gente, para que haya inmoralidad en la accion, para que exista este primer elemento constitutivo del crímen no basta la intencion de matar á otro; es menester que la intencion en sí misma sea inmoral por sus motivos, por su objeto.

Fuera de que no es cierto que en el desafío haya intencion de matar. Las cosas pueden tener este término, pero no es este su principal objeto; su fin es la defensa y la reparacion del honor, y así es que no hay quien despues de satisfecho este, antes ó despues de batirse, no alargue generosamente la mano á su rival, y no se felicite de que el desafío no haya tenido otro resultado. Otra prue-

ba mas de que no es la venganza, no es esta mala pasion la que motiva el duelo. Mas adelante volverémos sobre esta idea.

Pues todas estas singularidades tiene el duelo en su abono, y estas singularidades se deben á algo. Todas estas diferencias entre el desafío y los otros delitos son fenómenos dignos de observarse y de que la filosofía se ocupe de esplicarlos. Es tiempo de que no se condene el duelo porque otros le han condenado, de que la ciencia deje de ser pueril y rutinaria, y de que se medite algo mas lo que se dice sobre esta materia. En el mundo las cosas no suceden por milagro. Todo lo que en él pasa es porque no puede menos de pasar conforme al órden inmutable de la creacion, por mas que nos parezca un fenómeno, y las especialidades del duelo tienen sin duda su razon en alguna ley del mundo moral, que no se ha acertado á descubrir, porque se le ha juzgado siempre con prevencion.

Resueltos á decir nuestra opinion, aun á riesgo de atraernos las censuras mas amargas, nosotros atribuimos todos estos fenómenos á que el duelo en PRINCIPIO no se puede condenar. Esta es por lo menos nuestra firme conviccion. Cuando se provoca por una de esas ofensas que de otro modo en la opinion no admiten desagravio, el desafío es tan legítimo como el derecho de propia defensa. Veamos de probar este aserto.

Todas las legislaciones reconocen como principio que el que causa un mal en defensa de su persona y derechos no comete ningun delito, y no hace mas que usar de un derecho suyo. En esto están conformes todos los códigos antiguos y modernos, el Fuero-Juzgo, las Partidas, los códigos estranjeros. La propia defensa no es solo un motivo de escusa, es una causa de completa esculpacion. El viajero que defendiéndose de un bandido le hiere ó le mata, no es delincuente ni poco ni mucho; á pesar de las heridas ó de la muerte, no es reo de heridas ni de homicidio. ¿Y porqué la legislacion declara que aun el matar á otro en defensa propia es un acto legítimo é inocente? Porque el poder de la sociedad, ni el de las leyes bastan en el caso de una injusta y repentina agresion para defender al indivíduo atropellado; y á donde la sociedad y los poderes públicos no alcanzan, nada mas conforme á las buenas doctrinas, á la moral y á la justicia que autorizar la propia defensa, pues otra cosa seria absurda, seria hacer mejor la condicion del injusto agresor que la de su víctima.

La teoría social es esta. En la sociedad el hombre no es ni debe

ser el juez en su causa; el hombre no venga sus ofensas por su mano, ni se hace justicia de propia autoridad. La sociedad toma por su cuenta su desagravio, se apodera de los hechos, decide, juzga, y satisface á la justicia, no á la venganza. De otro modo para nada servirian los poderes públicos; esta es la diferencia entre el estado salvaje y el estado social, pero esto no estorba para que allí donde no basta el poder de las leyes y de la sociedad para defender á los individuos, el hombre se defienda por sí propio. En suma el derecho de defensa no tiene otra razon ni otra esplicacion que la impotencia de las leyes para protejer á los asociados en todos los casos posibles. Si el poder pudiera hallarse en todas partes, en todos los momentos y en todas las situaciones para defender la persona del hombre ó su fortuna, la propia defensa no seria lícita, y así es que al mismo que se defiende de un ladron y puede matarle en el acto, no le es lícito tocarle ni herirle desde el momento en que interviene la fuerza pública, para los golpes del agresor, ó asegura su persona.

Mas un poder público, un gobierno que pueda defender á los asociados en todos los momentos y en todas las ocasiones no es posible; seria menester una escolta para cada individuo y muchas veces no bastaria. Concíbase el gobierno mejor, el país mejor administrado, en donde la seguridad individual tenga mas garantías; figurémonos que los ajentes del poder se estienden por todas partes como un campamento sobre el mismo; todavía los indivíduos se encontrarán muchas veces en el caso de no contar para su defensa mas que con los medios propios. De aquí el que las leyes, de acuerdo con la moral, que manda al hombre como un deber su conservacion, eleven á la categoría de los derechos humanos la defensa individual, siempre que no sea dable la apelacion á la fuerza pública. ESTE ES SU SOLO LÍMITE.

Hagamos la aplicacion de estos principios á la cuestion que nos ocupa. El hombre no es un ser puramente material y físico, es un ser racional é inteligente, es además un ser moral, y esta última condicion es la que mas le ennoblece y le distingue. El hombre por consiguiente puede ser ofendido físicamente en su persona y moralmente en su reputacion; y si tiene derecho para defender su persona y sus bienes contra una injusta agresion de que no baste á defenderle el poder social, ¿por qué no ha de serle lícito defender su propia dignidad contra cierto género de ultrajes en

que no hay que esperar el desagravio de la defensa de las leyes?

Para un hombre honrado es mas estimable su reputacion que su fortuna, y mas que su vida, si esta ha de conservarse sin dignidad, á precio de humillaciones y de afrentas. La fortuna puede repararse, la vida puede perderse gloriosamente muriendo como los mártires ó como los héroes; pero el hombre deshonrado, envilecido, que una vez consiente en su degradacion, no se rehabilita nunca. El primer deber moral y religioso del hombre es el de su conservacion; pero un deber mas alto es el de defender la dignidad de su ser, si ha de responder á los altos fines de la Providencia.

Una vez que esto no pueda negársenos, el terreno de la discusion se estrecha de raciocinio en raciocinio, y la cuestion queda reducida á estos breves y sencillos términos: ¿ALCANZA EL PODER SOCIAL Á DEFENDER LA DIGNIDAD HUMANA EN TODOS LOS CASOS? No ciertamente, como no alcanza en todos los momentos y en todas las situaciones á defender la persona del hombre y sus bienes. Una buena ley de injurias, que es el *desideratum* de los adversarios del duelo, no bastará nunca á este propósito. Podrá contribuir á hacer menos frecuentes los lances personales una legislacion que sea en esta parte severa y filosófica, pero hay injurias que arrojan una mancha indeleble sobre el hombre que las sufre, y que no bastarian á borrar los castigos mas severos.

Y ESTA ES LA CUESTION PLANTEADA EN SU VERDADERO TERRENO. Como no se nos pruebe que el hombre puede hallar en los tribunales satisfaccion para todos los ultrajes posibles; mientras no se nos convenza de que la sociedad, que no basta á defender al hombre material en todos los momentos y en todas las situaciones, alcanza, sin embargo, á defender al hombre moral, el que para defender su dignidad y su honor apela al duelo, no hace mas que usar del derecho de propia defensa, como el que rechazando á un asesino que le amenaza con un puñal, le dispara un pistoletazo al corazon.

Pues á decir verdad no conocemos ninguna legislacion que tenga suficientes medios de reparar cierto género de ultrajes, ni creemos que pueda haberla.

Supóngase un marido á quien se tratase de ridiculizar públicamente poniendo en duda la fidelidad de su mujer. ¿Salvaria su deshonor acudiendo á un tribunal de justicia para que se condenase al insolente provocador á que se desdigera? ¿Y con qué pena castigaria la ley suficientemente una provocacion de tal especie? El marido

que tal hiciese se haria para los demás un objeto de menosprecio, mereceria su deshonra y tendria que abandonar una sociedad que no le perdonaria su cobarde conducta, ó las burlas picantes y malignas que habria de sufrir, porque todos se le atreverian, acabarian por condenarle á la desesperacion ó al aislamiento. Figurémonos tambien un militar á quien se le provocase llamándole cobarde y dándole públicamente una bofetada. Y estos son agravios bien comunes. Recordamos un juicio por injurias en el que un hombre que habia tenido la insolencia de ultrajar á una jóven soltera, se atrevió á sostener delante de un juez la verdad de sus dichos, añadiendo para probarlos todas las circunstancias que podian dar á los hechos mas apariencias de verosimilitud. Recordamos otro suceso mas grave todavía. Una persona de calidad debia casarse con una jóven de una distinguida familia, y cuando estaba para ajustarse definitivamente la boda, hubo quien en medio de un café se atrevió á decirle que su prometida esposa habia tenido ya el honor de ser madre. Y queremos que se nos responda si hay suficiente poder en las leyes para defender el honor contra calumnias de esta índole. Considérense las consecuencias de un juicio en el que un jóven insolente tiene la audacia de sustentar que él mismo ha recibido los últimos favores de una mujer, y calcúlese tambien la vindicacion, la defensa que puede hallarse en las leyes contra la última infamia que hemos referido.

Como los casos propuestos hay mil posibles, y en todos la legislacion, los tribunales y los poderes públicos reunidos son nulos para el bien, impotentes para la defensa y reparacion del honor ultrajado, mas nulos aun para borrar las consecuencias del mal inferido por la maledicencia ó la calumnia. La cuestion, pues, está resuelta. A DONDE EL PODER SOCIAL NO ALCANZA PARA DEFENDER LA DIGNIDAD HUMANA, LA DEFENSA INDIVIDUAL NO ES SOLO LÍCITA, SINO QUE ES EL USO DE UN DERECHO. No puede contestarse la verdad de esta teoría.

Al llegar á este punto, sin embargo, nos sale al paso otra cuestion que necesitamos resolver, si no ha de ser tiempo perdido el que hemos empleado en la demostracion de nuestros principios; porque puede preguntársenos ¿quién asegura que el duelo es el medio á propósito de lavar el honor en todos los casos y de reparar los ultrajes para cuyo desagravio sea ineficaz la legislacion y sean impotentes los poderes públicos?

Parece absurdo, en efecto, que se encomiende á la punta de una

espada ó al disparo de una pistola la defensa del honor y de la dignidad humana, porque al término del combate, despues de todo, se nos dirá, no será menos honrado el vencedor, ni será menos honrado el vencido, y la razon estará del mismo lado que antes de haber comenzado la lucha. Aceptamos este argumento de los adversarios del duelo sin debilitarle, y vamos á darle la mas cumplida contestacion.

Seria respuesta cumplida decir, si quisiéramos ahorrarnos el trabajo de una discusion mas empeñada, que el mundo por lo menos cree que el duelo es el único medio de borrar una afrenta y de salvar el honor mancillado, y que por errada que sea esta creencia, basta que la opinion se haya pronunciado en este sentido para que no pueda salvarse de otro modo, para que no pueda ni deba apelarse á otro medio, pues la reputacion depende del juicio de los demás, y mientras la sociedad no tenga otras ideas acerca del honor y su juicio no varíe, no hay mas que someterse á su imperio. Pero no queremos atrincherarnos en este argumento, sin embargo de ser todo poderoso; porque lo peor de todo es que la sociedad tiene razon, y que su opinion en esta materia, su modo de juzgar es el mas natural, el mas propio de nuestras costumbres.

Ciertamente cuando el desafío tenia por objeto la decision de una querella como entre los bárbaros, la terminacion de una contienda judicial como en la edad media, tenia algo de absurdo, porque no es á estocadas como se encuentra la verdad ni la razon; pero el duelo en nuestra edad ha cambiado de condicion, como han cambiado las condiciones del valor y las condiciones de los tiempos; *el desafío se ha civilizado.* No es ya su objeto probar quién tiene razon en un juicio, ni la decision á estocadas de una querella. No es tampoco su objeto la venganza, la satisfaccion de esta mala pasion. ¿Se quiere una prueba de esta verdad? Obsérvese la feliz terminacion que tienen los duelos. Aun en los desafíos que no acaban satisfactoriamente antes de llegar á batirse, porque el encarnizamiento de los combatientes, ó circunstancias desgraciadas hacen imposible un acomodamiento anterior, sucede siempre que si á las primeras cuchilladas, á los primeros disparos de la pistola no se hieren, el honor se considera satisfecho y el asunto queda concluido. Y es que en el desafío moderno lo que se proponen el que le provoca, como el que le acepta, no es matarse uno á otro, es otra cosa la que se busca, es la satisfaccion de la dignidad ofendida, es la repara-

cion de una afrenta que seria irreparable de otro modo QUE ACREDITANDO EL AGRAVIADO EN UN LANCE PERSONAL QUE NO MERECE LA HUMILLACION POR QUE SE LE QUIERE HACER PASAR, PUESTO QUE TIENE VALOR PARA ARROSTRAR LA MUERTE ANTES QUE FALTARSE Á SÍ PROPIO, ANTES QUE TOLERAR COBARDEMENTE EL INSULTO Y LA DESHONRA.

Y en este sentido el desafío moderno llena cumplidamente su objeto. ¿Qué otra prueba, qué otro medio queda al calumniado de borrar las manchas que la calumnia ha echado sobre su frente? Moralmente ninguna que sea tan satisfactoria como el duelo para la sociedad y para la razon, porque el mundo se hace EL SIGUIENTE RACIOCINIO. El hombre calumniado que sufre con paciencia la injuria y que no contesta ó castiga con su mano al ofensor, parece que merece su deshonra, pues quien en tal ocasion se porta de tal modo, no es estraño que se suponga que no se habrá conducido mejor en tal otra. Por el contrario quien se ofende vivamente, el que se muestra celoso de la estimacion de los demás, y se espone á un pistoletazo en el corazon por conservarla, de seguro la tiene y la merece; por lo menos pone de su lado todas las presunciones, y su conducta en un caso dado, prueba bastante á su favor que no es un hombre malo, capaz de las villanías que se le atribuyen.

Esta es la principal virtud del desafío moderno; esta es la diferencia que hay entre el duelo en nuestros dias y el duelo entre los bárbaros, y en la edad media; y ya lo hemos dicho otra vez, la sociedad exigiria sin razon que un hombre se aventajase en cualidades físicas, porque á su pesar podian faltarle; pero lo que es imperdonable es que le falte valor, esa fortaleza de ánimo, esa audacia natural de su sexo que establecen su superioridad y su destino en la naturaleza. Queremos que se nos entienda bien. No es ese valor temerario de las batallas, que se enciende con el humo de la pólvora, entre el polvo de las evoluciones y el estrepitoso estruendo de las armas del que aquí hablamos, no es tampoco el valor del furor ó de la ira, sino ese valor conciliable con la prudencia y aun con el miedo disimulado, que nace de un sentimiento de pudor y de dignidad, sin el cual el hombre seria nulo para la virtud, nulo para las pasiones generosas, nulo para su patria, porque el que no se estima á sí mismo, el que prescinde de la opinion que de él formen los demás, y en un momento crítico de su vida, se conduce como un egoista ó como una mujer, podrá ser un miserable ó un malvado, pero nunca un hombre virtuoso, ni generoso, ni honrado, ni justo.

El valor en este sentido es la mas alta condicion humana, es la fuente de todas las virtudes y de todas las grandes acciones. Nada ha habido grande y generoso en el mundo que no se deba á ese sentimiento íntimo de pudor y de decoro que es instintivo en el hombre, que no está envilecido y degradado por bajas y malas pasiones. El valor de esta clase en el hombre es como el pudor en una mujer; el ser desgraciado que carece de esta cualidad es una degeneración de su especie. Mándese á un hombre de esta clase batirse y morir por su patria; mándesele que á imitacion de los senadores de Roma tenga el valor cívico de su puesto y responda con una impotente dignidad á la insolencia de los galos; mándesele que se conduzca como BAILLI en el famoso juego de pelota. El sentimiento del propio deber es el único que puede producir el valor de esta clase, y el desafío es hijo siempre de este sentimiento, cuando se provoca ó acepta con justa causa.

Deducese de todo lo dicho que el duelo puede ser alguna vez tan legítimo como el derecho de defensa. Mientras no basten las leyes á defender al hombre de todos los agravios, el duelo no es mas que la defensa del honor; hasta donde el poder de las leyes alcance, el duelo es ilegítimo, es mas, es un resto de salvajismo y de barbarie; á donde el poder de las leyes no baste, el duelo es un derecho que no es cierto que condene la moral, que no deben castigar las leyes. No se confunda el duelo con los abusos del duelo; tambien se abusa del derecho de defensa; todos los principios llevados á la exageracion son un mal, la libertad es una licencia, la obediencia puede ser una degradacion, un envilecimiento.

## III.

### INFLUENCIA DEL DUELO SOBRE LAS COSTUMBRES.

Hemos considerado el duelo en su orígen y en sus fundamentos; le hemos considerado en sus relaciones con la justicia y la legislacion; nos falta juzgarle en su relacion con las costumbres. Si el duelo se recomienda bajo el primer punto de vista; si reducido á sus justos y naturales límites es muchas veces justificable bajo el segundo, bajo el último aspecto el duelo es un progreso moral de los tiempos modernos.

La severidad de las costumbres entre los antiguos se mantenia fácilmente por los inflexibles principios é instituciones en que des-

cansaba la organizacion de aquella sociedad. En Esparta, y aun en Roma bastaba para mantener las costumbres *la constitucion dada á la propiedad y á la familia*; en la destruccion del imperio *el influjo saludable y civilizador del cristianismo, y la ruda pero noble altivez* de los pueblos que se alzaron sobre sus ruinas; en la edad media *el espíritu caballeresco y la fuerza del entusiasmo religioso*; y en dias mas próximos á los nuestros ese mismo *espíritu religioso* por una parte, y por otra la *fuerte organizacion del poder público*.

Hoy todos estos elementos han desaparecido. Al principio de autoridad y de fé ha reemplazado el espíritu de discusion y de duda, las creencias religiosas se han debilitado, el entusiasmo y las pasiones generosas han cedido su puesto al interés, á los goces materiales, al positivismo; y los maravillosos adelantos en las ciencias físicas, las prodigiosas invenciones del espíritu humano, los vapores, los caminos de hierro, las sociedades mercantiles, ese estado de comunicacion en que viven todos los pueblos, han producido tal confusion y mezcla en las ideas, que unido todo á la nivelacion de las clases por el ensanche que se ha dado al círculo de los derechos políticos, el mundo parece marchar á convertirse en una nueva Babel, en que perecieran todos los estímulos de la virtud, todos los sentimientos generosos, si al hundirse la antigua sociedad con todas sus instituciones no hubieran aparecido como un fenómeno salvador un instinto de pudor y de decoro propio y esclusivo de nuestros dias. A falta de la severidad de las antiguas repúblicas, á falta del heroismo y abnegacion de los tiempos primitivos, en la debilidad de las creencias religiosas, en el aniquilamiento del principio de autoridad, á falta, en fin, del espíritu caballeresco de otras edades, domina en las sociedades modernas un sentimiento de decencia, de dignidad y de orgullo individual, que es *el genio bienhechor, la ley providencial de nuestro siglo*. Si en los pueblos modernos (dice un aventajado escritor) «hay los mismos vicios y debilidades que en »otros tiempos, se encubren al menos bajo el velo del pudor y del »decoro.»

Así, pues, la grande obra de los gobiernos debe ser mantener vivos estos sentimientos de nuestra edad, y no proscribir absolutamente el duelo, ni las demás costumbres que en ellos se fundan, sino dirigirlas, regularizarlas, porque si bien conviene contener el principio en su desborde, en su exageracion, no el aniquilarle de todo punto.

Y los gobiernos en esta obra no deben detenerse por la resistencia que en un principio pudieran oponer vulgares preocupaciones, porque la opinion ilustrada despues vendria á hacerles justicia. Ni es tanto lo que puede tener el duelo de repugnante en una sociedad, que por una parte le acoge y le exige imponiendo de hecho este sacrificio á sus individuos, y por otra parece reprobarle en sus leyes y en sus libros.

Fuera de que las instituciones mas repugnantes al parecer y mas inícuas constituyen á veces toda la fuerza de la sociedad y de los poderes públicos. El derecho de vida y muerte que tenian los romanos sobre sus hijos; la omnipotente autoridad del jefe de la familia, la perpétua tutela de sus mujeres, la insolente altivez del patriciado, la esclavitud misma, los delirios de sus filósofos, todas estas instituciones y costumbres que nos parecen hoy tan inícuas, eran los fuertes elementos con que aquella sociedad defendia sus costumbres contra el influjo maléfico de una religion, que si por una parte era á propósito para producir los guerreros y los héroes, no hacía concebir la idea de la divinidad, sino por la exageracion de las malas pasiones y por las fábulas torpes del paganismo y la mitología; contra el influjo maléfico de una religion, que sin aquellos elementos de resistencia habia de producir necesariamente, como sucedió mas tarde, los mónstruos de locura y de ferocidad que mancharon la púrpura y que á manera de grandes figuras nos revelan el inconcebible cinismo de una generacion que partía su vida entre el circo de los gladiadores, y las liviandades de las cortesanas y de los príncipes.

SIEMPRE LA DEGRADACION DEL GÉNERO HUMANO SE SUCEDE EN LOS PUEBLOS A LA PÉRDIDA DE LAS COSTUMBRES BUENAS Ó MALAS QUE NACIERON CON SU CIVILIZACION, Y QUE SE MANTUVIERON Y ATRAVESARON CON ELLA LOS SIGLOS.

Que los hombres pierdan en nuestra edad ese sentimiento de pudor y de decoro que les hace buscar una satisfaccion en el desafío, que el duelo y otras costumbres que se le parecen, porque tienen el mismo fundamento y orígen, desaparezcan enteramente, que la legislacion consiga proscribirlas, y que la sociedad se defienda despues contra una civilizacion egoista, contra un siglo de desmoralizacion y de hierro, contra la dispersion de la familia, contra ese torrente nivelador que parece anegar al mundo; que se haga despues un llamamiento á los ciudadanos para defender la libertad y la pátria; que se hable á nuestra generacion de entusiasmo, de naciona-

lidad y de independencia; la imaginacion se pierde en la contemplacion del porvenir si tal sucediera. Por fortuna el mundo se ha salvado siempre por sus instintos, á pesar de los errores de los gobiernos y de las declamaciones de una filosofía limitada y mezquina en sus tendencias como en su espíritu.

Y si prescindiendo de tan altas consideraciones examinamos la cuestion en un terreno menos elevado, tendremos lugar de observar que el influjo benéfico del duelo se hace sentir de tal modo en nuestra sociedad, que él podrá ser una preocupacion, una aberracion del entendimiento, pero es una preocupacion que los gobiernos no deben condenar apasionadamente y sin exámen.

La desaparicion de esta costumbre produciria desde luego un grave mal, el de volver su imperio á la fuerza bruta á espensas de las personas de física débil, pero no de cobarde y apocada condicion, que es la diferencia entre el salvaje y el hombre civilizado; y esto significaría el retroceso del género humano y una verdadera reaccion en las costumbres de la Europa. Los individuos dotados de grandes fuerzas suelen ser insolentes y audaces. Su misma superioridad en esta parte les inspira cierta altivez, cierto desprecio hácia los demás que les conduce fácilmente á abusar de estas ventajas; y cuando son muy débiles frente que las leyes pueden oponer á tales violencias en que no sublevacorre la sangre, solo el temor de un desafío puede contener estos ímpetus de la ira y del carácter (1).

Si el duelo desapareciera de nuestras costumbres, no es fácil calcular lo que sucederia en una sociedad que vive en medio de los espectáculos, de los saraos y las fiestas, en donde el refinamiento de la civilizacion hace tan necesarios los buenos modos, los miramientos hácia los demás, los mútuos y recíprocos respetos, en donde una falta ligera, una chanza puede convertirse en un grave insulto, ó tomar las formas y el aire de una desvergüenza. Figurémonos hallarnos en una de esas grandes reuniones que son el entusiasmo y la delicia de las clases ricas y acomodadas; en esas reuniones que tienen por principal objeto la satisfaccion de la vanidad por medio del lujo y la ostentacion de todos géneros, á las que con-

(1) Gentes hay que á la menor calumniacion contestan con una bofetada. Alguna persona conocemos que ha tenido mil lances de esta especie; y el solo amago, el compromiso de un duelo que no se llegó á realizar produjo en él tal efecto, que hoy es un hombre prudente y racional; puede decirse que el duelo es la civilizacion.

curren personas de uno y otro sexo, y gentes de toda edad, la juventud inconsiderada, el hombre de mundo y de negocios, el militar y el capitalista, el tribuno ambicioso y el hombre de gobierno; y en las que por consiguiente la galantería, las intrigas amorosas, las burlas, las rivalidades de toda especie y hasta las pasiones políticas tienen su entrada y su puesto. ¡Cuántos lances desagradables, cuántas palabras imprudentes y atrevidas vendrian á turbar estas fiestas, si en el choque de tantos genios mas ó menos turbulentos, de tantos intereses y pasiones, el temor de provocar un desafío no fuera un poderoso retrayente!

Contribuyen mucho, es verdad, á que esto no suceda otros motivos de gran peso; no queremos atribuir solo al duelo la virtud de mantener el órden en esas reuniones de la alta y buena sociedad, porque no estamos tan ciegamente apasionados por esta costumbre como otros lo están en su contra; contribuyen muy principalmente el carácter y la educacion de las personas que concurren á tales fiestas, contribuyen los hábitos de cortesanía, esas fórmulas delicadas de la etiqueta, que las gentes vulgares suelen apreciar en poco porque no las comprenden; contribuye mas que todo el sentimiento de reprobacion general de que se hace objeto la persona que por desgracia incurre en una inconsideracion, en la menor falta de miramiento, pero no contiene menos el duelo.

La seguridad de esponerse á pasar por un lance en que es posible recibir un pistoletazo ó una estocada, es el contentivo mas poderoso para los hombres de violenta y altiva condicion. A no ser por este temor los escándalos de esta clase serian frecuentes como lo son por desgracia en las reuniones de la muchedumbre que no tiene el hábito del desafío, ni siquiera comprende los sentimientos de que este procede. Asi se vé que en las férias, en las romerías, en las tabernas, en donde quiera que se agrupa y reune la multitud, las gentes se insultan y mortifican de mil modos, se hacen las alusiones mas picantes, se cruzan las chanzas mas groseras, y si á pesar de eso alguna vez las cosas no pasan de aquí, porque todo se atribuye á una ruda y natural franqueza, lo comun es que estas funciones acaban por navajadas, por asesinatos y otros escesos, que por cierto no son mejores que el duelo.

Y no es solo en estos lugares de recreo en donde el temor de un desafío posible sirve de contentivo y de freno. En el ancho campo de las instituciones, en las mismas regiones del poder contribuye á

mantener el decoro y el respeto. El duelo contiene y moraliza la prensa, y hace que sean menos violentas las lides de los parlamentos; y esto solo puede apreciarlo quien haya sido periodista ó diputado alguna vez, ó quien considere hasta qué punto ciegan á los hombres políticos el espíritu de partido, el calor de las discusiones, el triunfo ó la derrota de una votacion, en que vá empeñada la suerte de una bandería ó de un ministerio.

El duelo tiene por último la virtud de aniquilar el espíritu de venganza y de apagar todos los ódios. Por grave que haya sido la ofensa recibida, los que se baten en un desafío se largan generosamente la mano al concluirse la lucha, y despues del combate no saben aborrecerse, porque en este momento grave y solemne para ambos ha encontrado cada cual mejor á su contrario, han aprendido á estimarse, y se han visto uno y otro dignos de sí mismos. Preguntad á los dos hombres mas implacables que hayan desahogado su furor y sus iras en un duelo, y aunque se hayan herido, aunque haya estado en grave peligro la existencia de uno de ellos, el mismo furor del combate hace mas íntima su union y su amistad al otro dia. ¿Será el desafío tan inmoral y tan malo cuando inspira esa nobleza de sentimientos, y así eleva el alma sobre las pasiones mas ruines?

Por el contrario los ódios se perpetúan entre dos rivales que no se han batido. Por insignificante que sea el motivo de una desazon ó de una incomodidad con un indivíduo, cuando por medio del duelo no se ha llegado á una decorosa satisfaccion, queda siempre un amargo recuerdo de la ofensa, que se renueva cada vez que las dos personas vuelven á verse, y lo peor es que se perpetúa y parece crecer con la distancia del tiempo, á proporcion que el dia del agravio se aleja. Pocas personas hay que no tengan un testimonio de esta verdad en su conciencia. Pocos son tan felices en la amistad, en las relaciones de familia y en todos los negocios de la vida que no pasen por alguno de esos ratos amargos que son siempre el resultado de una contestacion acalorada é imprudente. Si han llegado á las manos ó han estado á punto de batirse, estos disgustos pasan sin dejar rastro ni huella para lo venidero, y la amistad se afirma y rejuvenece; pero si las cosas han sucedido y no ha mediado una satisfaccion decorosa, la ofensa mas pequeña se convierte en grave, y nace el espíritu de venganza, y tal vez se llega á otro crímen para satisfacer esta mala pasion.

Las mujeres que riñen una vez, aunque sea por nada, se aborrecen perpétuamente. En las aldeas y en las clases últimas de la sociedad que no se conoce el duelo, se observa el mismo fenómeno, y de aquí las heridas en quimera, el asesinato, el envenenamiento, el incendio de mieses, etc.

Los anales del foro nos confirman en esta opinion. En la edad media, que el duelo era frecuente, el envenenamiento y la alevosía ocupaban rara vez á los tribunales; mientras que en la Italia moderna, en la Francia de nuestros dias se suceden y multiplican con horror los crímenes de esta especie.

Y los gobiernos no deben perder de vista todas estas consideraciones. A los hombres hay que juzgarlos como son, con sus pasiones buenas y malas. El duelo será una costumbre tan mala é inmoral como se quiera, pero hay que escojer entre él y el asesinato, las muertes en quimera, el envenenamiento, etc.; hay que escojer entre estos crímenes que personifican la fuerza brutal ó la alevosía, y el duelo, que aunque no sea un bien, tiene su fundamento en instintos mas nobles y elevados.

## IV.

### RESÚMEN.

Se condena el duelo como una preocupacion, y no se repara en que es mayor preocupacion todavía condenarle ciegamente. Se escribe contra el desafío bajo el imperio de las impresiones dolorosas que producen las heridas, las muertes, que algunas veces son el término deplorable de este combate personal; se cuentan estos lances desgraciados, y no se tienen presentes los crímenes que evita el influjo benéfico que ejerce en las costumbres de las sociedades modernas.

Mis convicciones sobre la materia son las siguientes:

1.ª El duelo fué un progreso en los dias de su aparicion.

2.ª El duelo descansa en un sentimiento de dignidad individual mas poderoso que las leyes represivas, mientras no cambien los elementos de la actual civilizacion.

3.ª El duelo es un suceso lamentable siempre, pero no siempre es un delito; muchas veces es el desagravio posible y legítimo de cierto género de ultrajes que el honor no permite perdonar y en cuya reparacion las leyes se mostrarian absurdas é impotentes.

4.ª El duelo en nuestra edad, á falta del entusiasmo generoso y de los instintos heróicos de otras épocas, es un progreso moral que defiende á las sociedades y las costumbres contra una civilizacion egoista, y que contribuye á impedir la completa degradacion del género humano en este siglo *sin grandes virtudes y ardiente en sus creencias.*

Por último, no pretendemos que el duelo se santifique. La religion le condena, la Iglesia le anatematiza, y nosotros no solo aceptamos su fallo, sino que nos sometemos á él en esta parte; pero la moral y la conciencia religiosa son mas severas que la moral natural y la legislacion. La relicion exige del hombre una abnegacion sin límites, el sacrificio de sus buenas y malas pasiones, una penitente resignacion, el heroismo, el martirio, porque sus fundamentos son la espiacion, una virtud austera y absoluta y la bienaventuranza; y no es este el terreno de la legislacion y de la ciencia, ni la moral natural, ni las leyes, y menos estas últimas descansan en iguales principios. En buen hora que la legislacion no eleve el desafío á la categoría de un derecho humano; no pretendemos tanto; pretendemos tan solo que los moralistas y filósofos no le condenen rutinariamente, que la legislacion y los gobiernos no le proscriban sin criterio ni resultado, pedimos que las leyes le toleren en cuanto son impotentes para estirparlo.—(*Se concluirá.*)

**Cirilo Alvarez.**

# DE LOS ACTOS JUSTICIABLES DE LOS ECLESIÁSTICOS.

## TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

### DICTÁMEN FISCAL

*en que se deslindan los actos de los eclesiásticos que son justiciables por la jurisdiccion civil, de los que no pueden caer bajo la potestad de ésta* (1).

El Fiscal dice: Que publicada la ley de 1.° de mayo de 1855 poniendo en venta las propiedades del clero, algunos vecinos de A..., como los de otros muchos pueblos, procedieron, ya á rematar en subasta las fincas, ya á redimir censos que gravitaban sobre sus propiedades. Nuestro Episcopado, en esta ocasion, como en otras, dió un ejemplo insigne del espíritu evangélico que le anima, y despues de haber acudido al poder temporal manifestando las disposiciones canónicas en la materia, y los deberes que estas le imponian de levantar su voz para defender los derechos de la Iglesia y la integridad de su propiedad; cuando la ley se acordó, á pesar de sus protestas, solo se ocupó de prevenir y de alejar conflictos peligrosos, de evitar cuanto pudiera afectar al órden público, y de cubrir con su manto de caridad á aquellos mismos que entrasen á ocupar los bienes eclesiásticos de que así se disponia. A este fin los Obis-

(1) Publicamos el dictámen evacuado por el Sr. Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, en una cuestion de deslinde de jurisdiccion entre la autoridad civil y la eclesiástica, como lo hacemos despues de otro dictámen, emitido antes por la misma Fiscalía, á que dieron lugar causas parecidas á las que promovieron el espediente á que hace relacion este informe. Aunque en la REVISTA damos cabida á todas las opiniones, y mucho mas cuando proceden de un jurisconsulto tan autorizado por su ciencia y posicion en el órden judicial, como es el Sr. Seijas Lozano, no lo hemos insertado antes, como tampoco el que ponemos á continuacion, porque se rozaban con la política de actualidad, de que huimos siempre en nuestra publicacion, consagrada solo á los intereses permanentes de la ciencia. La celebracion del último Concordato, ha hecho que los puntos de que en el informe se trata pertenezcan á la historia, que no sean motivo de nuevas alarmas ni den lugar á los tristísimos conflictos que hemos presenciado: solo son cuestiones de la ciencia, las que siempre caben en nuestra REVISTA, hecha abstraccion de las opiniones individuales de los que la dirigen.—*Los Directores de la* REVISTA.

pos se dirigieron á la Santa Sede con la reserva que el caso á la sazon exigia, pidiendo por Penitenciaria indulto para los compradores, á fin de poder absolverlos en el sacramento de la Penitencia de las censuras eclesiásticas, y de que volviesen al redil de la Iglesia las ovejas sobre quienes aquellas pesaban, sin tenerlas indefinidamente apartadas del rebaño de Jesucristo. Roma escuchó benévola sus súplicas, aplaudiendo el católico celo y cristianos sentimientos de los prelados españoles, y les proveyó de las facultades solicitadas, exigiendo, con arreglo á los principios fundamentales en materia de sacramentos, que los que los pidiesen habian de prometer en señal de reconocimiento de su falta y de la autoridad de la Iglesia, que habian de estar á lo que en la materia se resolviese definitivamente por la misma. De este modo el sacerdocio podia, no solo cumplir, como cumplió, con lo que debia á Dios y con lo que debia á la potestad temporal, sino mostrar y practicar su caridad evangélica, haciendo partícipes de las gracias y bienes espirituales de la Iglesia á los que por los decretos de esta estaban apartados de las mismas.

Pero condicion inherente es de los trastornos que de esta índole se realizan en las naciones, y mas cuando las ideas en materia de religion han sufrido lamentables estravíos, que los mismos beneficios que esta dispensa se interpreten siniestra y malignamente, devolviéndose persecuciones en vez de gratitud por los bienes recibidos. Así fué que desde luego, y á los primeros actos de los párrocos que procedian por instrucciones de sus prelados en dicho sentido, principiaron á producirse quejas, á las que se siguieron causas criminales, queriéndose hasta penetrar en el interior de la administracion de los sacramentos, y subordinar la potestad espiritual de la Iglesia, en lo que á nadie sino á sus pastores es lícito entrometerse, á la potestad civil, que es y debe ser su guardiana y protectora.

Uno de estos lamentables hechos fué el que dió, si no ocasion, pretesto para la formacion de esta causa. Un vecino de A..., á quien el Fiscal no se cree en el caso siquiera de poder nombrar, habia redimido un censo que gravitaba en finca suya en favor de la Iglesia, usando de la facultad que la citada ley le concedia; y llegada la época del cumplimiento del precepto pascual de 1856, fué á confesarse con el párroco del pueblo D. F. S. Segun aquel propaló, dicho cura le exigió que se mostrase arrepentido de haber quebrantado los preceptos ó disposiciones de la Iglesia, obligándose á estar y ejecu-

tar lo que ésta resolviese en la materia. Conforme en ello el penitente, hizo solicitud, que estendió el cura, para que el prelado le absolviese de las censuras eclesiásticas, lo cual parece tuvo efecto; pero estendida la voz por el pueblo, é interpretándose malignamente, el párroco creyó de su deber manifestar á los feligreses la rectitud de su proceder; y lo hizo desde el altar, celebrando el santo sacrificio de la misa, diciéndoles que aquella exigencia no nacía de él, sino de los preceptos eclesiásticos y de su prelado, en cumplimiento de ellos, y sin serle potestativo quebrantarlos, pues si le fuera dado dispensarlo lo haria, como daria su vida por los feligreses que le estaban encomendados. No acalló esta manifestacion á los que deseaban, sin duda por ignorancia, que la Iglesia obedeciera ciegamente á la potestad civil en materias eclesiásticas, sin distinguir las dos esferas distintas de su respectiva accion, y acudieron al juez de.... denunciando el hecho, pidiendo se procediese contra el párroco.

Tambien ocurrió que habiéndose presentado otro vecino de A.... á dicho cura para que bautizase á una hija suya, preguntándole éste por el nombre del que habia de ser padrino de la bautizada, como le designase otro sugeto de quien públicamente se sabia que tambien habia redimido censos eclesiásticos, procuró disuadirle inclinándole á que eligiese á otro para evitarle un conflicto; encargándole la reserva, pues tenia un impedimento eclesiástico. Reconocíolo el padre; pero su mujer y el elegido insistieron, lo publicaron y negáronse á que se bautizara la niña con otro padrino, demorando el bautizo, sin que el cura instase ni gestionara; pero, al fin cedieron aquellos, y el sacramento se administró asistiendo otro padrino, en cumplimiento á lo que en esta parte dispone el Ritual Romano. Tambien este hecho produjo otra denuncia contra el espresado párroco, que se acumuló á la ya referida.

Instruido el sumario, se acordó la indagatoria del cura, quien se escusó á prestarla á no impartirse el auxilio de su juez propio, y acudió al provisor juez eclesiástico de..... para que le amparase en su fuero. El eclesiástico exhortó al juez de..... reclamándole el conocimiento y denunciándole la competencia, y oido el promotor, conforme con su peticion, acordó dicho Juez su inhibicion por no ser causa de desafuero, mandando que se consultase para la aprobacion á la Audiencia de..... Radicó el negocio en la Sala..... de ésta, que oyó al Ministerio Fiscal, el cual pidió la aprobacion de la inhibicion. Pero la Sala, olvidando que la jurisdiccion estaba dis-

putada, y limitada tambien la suya á resolver únicamente sobre el punto de la inhibicion, decretó que se librase órden al Juez para que intimase al citado cura que manifestase si habia procedido por órden superior, y que en este caso la exhibiera y se testimoniase. Hízose todo así, y el párroco mostró las órdenes que tenia del reverendo Obispo de....., á consulta suya, previniéndole que respecto á la administracion del Sacramento de la Penitencia se atuviese á lo que prescribe el cap. 9.° de la sesion 22 del Concilio de Trento, y respecto al del bautismo, á lo que dispone el Ritual romano y Cánones de la Iglesia.

Con este dato se volvió á oir al Ministerio Fiscal, que consecuente en los principios constantemente consignados por el mismo en esta causa, expuso que la apreciacion de la circunstancia que determinaba dicha órden, solo podia hacerla el Juez competente que era el eclesiástico, y por lo mismo reproducia su anterior respuesta. Por un otrosí pidió que para que el Gobierno de S. M. pudiera acordar lo conveniente respecto á los hechos que eran objeto de la causa, se estendiera testimonio de lo necesario, y se remitiera al Ministerio de Gracia y Justicia por conducto del Regente. Pero la Sala en 7 de enero último proveyó auto estableciendo diversos considerandos, fundada en los que revocó el auto de inhibicion consultado, mas no devolvió la jurisdiccion al inferior, sino que ejerciéndola en primera instancia, sobreseyó en la causa en cuanto á dicho párroco, declaró exento de responsabilidad al mismo y las costas de oficio; y mandó sacar testimonio de las actuaciones, y que se remitiesen á este Supremo Tribunal conforme á lo dispuesto en el art. 90 del Reglamento provisional para la administracion de justicia, á fin de que V. A. acuerde lo que estime en su alta justificacion. Como en dicho art. 90 lo que se contiene son las facultades de este Supremo Tribunal, y en la segunda se dice que conocerá de las causas que por delitos comunes sea menester formar contra los M. RR. Arzobispos ó RR. Obispos, no habiendo en dicho artículo otra disposicion aplicable al caso presente, no cabe duda acerca del objeto con que el testimonio se ha remitido al mismo.

El Fiscal prescindirá en este espediente del órden con que se ha procedido en la causa que lo motiva, puesto que sobre este punto se está instruyendo otro en el Tribunal pleno, al que por la ley corresponde el conocimiento en su primer período, y la declaracion de lo que por sus resultados corresponde. Habrá, pues, de concretarse

al exámen de si por lo que el testimonio de la referida causa ofrece hay ó no lugar á formarla al R. Obispo de..... por las órdenes é instrucciones que comunicó al párroco de A....., relativas á la administracion de Sacramentos, ó su intervencion en ellos á los que adquirieron bienes eclesiásticos á virtud de la ley de 1.° de mayo de 1855.

Tal y tan lamentable es el estravío que las ideas han sufrido en nuestra desgraciada pátria, debido á los trastornos políticos que tan repetidamente se han verificado en la última media centuria, y á los no menos funestos ejemplos que nos han dado algunas otras naciones, que el error se confunde frecuentemente con la verdad, y apenas acertamos á distinguir aquel de esta. Tan cierto es, que no se arroja impunemente la mala semilla á la tierra sin que la pervierta y malignice.

Es una verdad tan triste como inconcusa, que las naciones en momentos difíciles acuden á veces á medios en que el derecho no es siempre respetado en toda su plenitud, ya para evitar peligros mayores, ya para procurarse la paz material ó la conservacion del órden público, suprema necesidad de las mismas, y á cuyo mantenimiento vá unido en muchos casos el de los mas altos intereses del Estado. Pero cuando esto sucede, y mucho mas si aquellos intereses afectan derechos ó principios de instituciones independientes, como lo es la Iglesia, ni está en las atribuciones del poder civil anular ni embarazar la accion de esta dentro de su esfera, ni aun penetrar en la conciencia de los ciudadanos para determinar sus actos libres, en tanto que no ataquen al órden público. La de desamortizacion citada, así como la de 6 de abril de 1856, en cuanto á dos bienes eclesiásticos, fué uno de esos acontecimientos cuya índole, caractéres y circunstancias no hay necesidad de determinar, puesto que á ellos no están llamados los Tribunales de justicia. Existian disposiciones canónicas en contrario, defendiendo la propiedad de la Iglesia bajo penas eclesiásticas severas, reproducidas en el Santo Concilio de Trento. El legislador con conocimiento de ellas, acordó la desamortizacion ó enajenacion, no siendo dado á los Tribunales examinar las razones que hubo para prescindir de estas disposiciones. Pero por esto la ley ni compelió á nadie á comprar, ni declaró la legitimidad canónica de tales enajenaciones, ni levantó las censuras eclesiásticas, ni impidió el ejercicio de las facultades de los Pastores de la Iglesia en lo tocante á su Santo ministerio, ni

prohibió que cada cual creyese en este punto lo que su conciencia le dictase, para nada de lo cual el poder temporal tenia potestad. Acordada por la ley civil la enajenacion, sus efectos se limitaban á la legitimidad civil, pura y simplemente civil; y esto debieron tenerlo entendido los compradores. La pretension de que por esto la Iglesia habia de haber y tener por derogadas sus propias disposiciones, de que los cánones habian de reputarse abolidos á este efecto, de tenerse por levantadas sus censuras, y que los infractores de ellos pudieran continuar participando de las gracias de la misma Iglesia, de sus sacramentos y demás bienes espirituales de ella, sin la reconciliacion prévia con la misma, reconociendo su poder y autoridad y sometiéndose á las reglas que fijasen sus Pastores, es tan absurdo que ni aun merece refutarse. Solo la ignorancia puede en cierto modo disculpar las estrañas gestiones de los denunciadores del cura párroco de A...

Invocaban incalificablemente estos la cláusula con que la citada ley termina, que es la general y comun á todas, prescribiendo su observancia, en la que se manda á todas las autoridades así civiles como militares y eclesiásticas, que la guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar, etc., deduciendo de ellas que por esto no era dado á las eclesiásticas ir en su contra, y que tal era alejar de los sacramentos á los compradores de esos bienes. Disculpable es hasta cierto punto en quienes no tienen obligacion de conocer el derecho que se confundiera á las autoridades que aunque de órden eclesiástico ejercen funciones que emanan de delegacion civil, con las puramente eclesiásticas que han recibido de Dios solo su poder espiritual y sobre cuyo ejercicio la potestad temporal no les puede mandar, ni entrometerse, salva su inspeccion para evitar el abuso y vejar por el órden público. Responsables únicamente al mismo Dios del ejercicio de la potestad de absolver y condenar que Jesucristo les concedió, entregándoles las llaves de los cielos, no tienen que dar cuenta á la potestad civil de la que hagan de aquella facultad, pero ni aun á sus mismos superiores, porque no los tiene el sacerdote constituido en tribunal de la Penitencia, y así no se concibe siquiera que pudiera intentarse tal denuncia, y menos ante los tribunales seculares.

Respecto á la no admision del padrino para el bautizo, tampoco puede la potestad temporal entrometerse en todos los ritos de la Iglesia, ni en las circunstancias que esta requiera en los que han de

intervenir en ellos, y menos en sus Sacramentos. Estos son actos esencialmente espirituales y ajenos á toda subordinacion civil. Aun dado caso de que en uno ú otro acto hubiera podido haber abuso, que no hubo mas que el cumplimiento de disposiciones canónicas y del Ritual Romano, no seria á los tribunales seculares á los que correspondería la represion y conocimiento, sino á los eclesiásticos. La materia es pura y esencialmente eclesiástica, y como tal del esclusivo conocimiento y competencia de la Iglesia, y de sus tribunales.

Siendo esto así, y no pudiendo caber siquiera la mas ligera duda, no se alcanza cómo la Sala de la Audiencia de..... pudo creer que los hechos que dieron lugar ó pretesto á dicho proceso podian caer bajo la jurisdiccion de este Supremo Tribunal, para proceder por ellos contra el Prelado que dió sus órdenes al párroco de A..... dentro de las prescripciones canónicas. Su error ya lo demostró en declarar inculpable al Párroco solo porque procedió á virtud de obediencia debida, cuando lo era porque sus actos estaban ajustados á los cánones, y nunca podian ser justiciables por los tribunales seculares.

Este Supremo lo ha declarado ya así en otro caso enteramente igual procedente de la misma Audiencia, habiéndose remitido testimonio en la propia forma y para el mismo objeto, con motivo de órdenes comunicadas con igual fin por el M. R. Arzobispo de aquella Metrópoli; pero como por este Tribunal Supremo no se acordó que se hiciera saber la resolucion á dicha Audiencia, y aunque de no habérsele comunicado alguna, ni tenido resultas su gestion, parecia que debia inferir la resolucion que habia recaido, no puede fundarse en esta presuncion una censura, antes sí podria creerse que aquel precedente la inclinaba á guardar consecuencia en sus resoluciones mientras no le constase otra cosa.

Por ello el Fiscal opina que la Sala podria declarar que no hay méritos para proceder contra el R. Obispo de... por las instrucciones que comunicó al párroco de A..., y á los demás de su obispado, relativas á la administracion de los Santos Sacramentos, materia que esclusivamente le está sometida, poniéndose la resolucion que recaiga con esta censura fiscal en conocimiento del Ministerio de Gracia y Justicia y de la misma Audiencia, á los efectos convenientes.

Así podrá acordarlo la Sala, ó como le parezca mas acertado.

Madrid 17 de mayo de 1858.

Seijas.

# DE LOS COMPRADORES DE BIENES NACIONALES.

## DICTÁMEN FISCAL

*en el espediente formado á consecuencia de una Real órden para que el Tribunal Supremo de Justicia emitiera su dictámen sobre la impetracion y ejecucion de un rescripto de la Sagrada Penitenciaria referente á bienes nacionales sin el* Regium exequatur, *y sobre negarse la absolucion á compradores de los mismos bienes.*

El Fiscal ha visto la Real órden de 26 de este mes que remite con urgencia á informe de V. A. una esposicion documentada del Juez de primera instancia del distrito del P..... de la ciudad de....., relativa á la causa criminal formada contra D. Francisco de Paula A., por haber impetrado y ejecutado un rescripto de la Sagrada Penitenciaria y una comunicacion del Sr. Ministro de la Gobernacion del Reino, en que, con referencia á R. O. de....., participa la oposicion de algunos párrocos á la ley de desamortizacion, suponiéndose que en esto cumplen con un mandato espreso de la Santa Sede.

Creyendo el Fiscal que los motivos que habrán impulsado al Gobierno de S. M. al pedir informe á V. A. se refieren solo á la buena administracion de justicia, y no al exámen de una cuestion delicada bajo su aspecto político é internacional, emitirá su dictámen en este concepto, sin salirse de él sino en cuanto sea absolutamente necesario para presentar los hechos y el derecho bajo su verdadero y legítimo aspecto. De esta manera procurará por su parte apartar del Tribunal discusiones que no se compadecen bien con el carácter é índole que el poder judicial tiene con arreglo á nuestras leyes.

Dos son los puntos que comprende la Real órden de 26 de abril: cada uno de ellos debe ser separadamente examinado.

Refiere el primero la causa formada á D. Francisco de Paula A. Dió lugar á ella lo siguiente: D. Lorenzo A..... compró al Gobierno algunos bienes nacionales pertenecientes á regulares: habiendo muerto ab-intestato, fueron sus herederos los primos carnales que tenia entre ellos D. Francisco de Paula. Debiendo procederse á la division y venta de bienes, D. Francisco consultó á Su Santidad

si con seguridad de conciencia podria acceder ó consentir en la venta de dichas fincas y firmar, tanto él como sus tres hermanos. Ninguna mencion hizo de los primos carnales por parte de madre. Las preces que al efecto elevó á Su Santidad no tienen ni firma, ni fecha; él, sin embargo, las ha reconocido como suyas. A continuacion de ellas está un rescripto espedido por Penitenciaria, en que se permite la enajenacion bajo las cuatro condiciones siguientes: 1.ª, que se reténgan los bienes á arbitrio de la Iglesia, y obedeciendo á lo que en consecuencia mandare: 2.ª, que los bienes se conserven y se mejoren: 3.ª, que se satisfagan las cargas piadosas á que estén afectos: 4.ª, que se haga saber esta determinacion á los herederos, por escrito, para que sepan á qué atenerse. El rescripto lleva la fecha de 16 de diciembre de 1854. Leyó D. Francisco el rescripto en una reunion que tuvieron los herederos que censuraron la irregularidad de la conducta del que habia dirigido las preces á Su Santidad, y se opusieron á cumplir lo preceptuado por la Penitenciaria. De notar es que Don Francisco no habia participado á ninguno de los co-herederos lo que pensaba hacer. Noticioso el Gobierno de S. M., á quien dió parte del hecho el Gobernador de la provincia, mandó recoger el rescripto y proceder á lo que hubiera lugar con arreglo á derecho. Siguióse la causa, en la que habiendo sido recusado el Juez del distrito de San B....., tomó por acompañado al del distrito del P....., y no estándo conformes en la sentencia, fallaron por separado. La Sala primera de la Audiencia revocó el definitivo, pronunciado por el Juez de San B....., y confirmó la del acompañado.

El punto capital de divergencia entre las dos sentencias consiste en que al paso que el Juez de San B..... cree que el hecho por que se ha procedido está comprendido como delito en el Código penal, y en su consecuencia impone al que lo perpetró la pena de quince años de estrañamiento temporal, inhabilitacion absoluta para cargos y derechos políticos, sujecion á la vigilancia de la autoridad durante el tiempo de la condena, y otro tanto mas y pago de las costas y gastos del juicio, el Juez del distrito del P..... y la Audiencia dicen que, aunque el hecho es digno de represion, no está penado por el Código, y por lo tanto declaran que deben abstenerse de todo procedimiento, y en cuanto menester es, absuelven libremente y sin nota á D. Francisco de Paula A....., siendo de oficio las costas y gastos del juicio, y remitiendo al Gobierno el rescripto, testimonio en relacion de las diligencias, y la esposicion de las ra-

zones que asisten al Juzgado para creer que debiera ser objeto de sancion penal la publicidad y ejecucion del rescripto referido.

Desde luego aparece aquí un hecho gravísimo, que no debe examinar el Fiscal, porque si lo hiciera, faltaria á la línea de conducta que se ha propuesto, entrando en una cuestion política y de gobierno, que debe quedar del todo íntegra para el poder ejecutivo, ó para las corporaciones ó autoridades que acerca de él sean especialmente consultadas. En efecto, cuando estaba en su plena fuerza el Concordato de 16 de marzo de 1851, cuando aun no habia surgido ninguna de las contestaciones que acerca de él mediaron despues, cuando ninguna de las altas partes contratantes habia puesto en duda su fuerza y eficacia, en 1854 se espedian por la Penitenciaria rescriptos abiertamente opuestos al Concordato, y se presentaba al Pontífice Romano en lucha y en contradiccion consigo mismo. En el art. 42 del Concordato Su Santidad *decreta y declara que los que durante las pasadas circunstancias hubieren comprado en los dominios de España bienes eclesiásticos al tenor de las disposiciones civiles á la sazon vigentes, y estén en posesion de ellos, y los que hayan sucedido ó sucedan en sus derechos á dichos compradores, no serán molestados en ningun tiempo ni manera por S. S. ni por los Sumos Pontífices sus sucesores; antes bien ellos, como sus causa-habientes, disfrutarán segura y pacíficamente la propiedad de dichos bienes, y sus emolumentos y productos.* Compárese esto con lo que dice el rescripto de la Penitenciaria: véanse las cláusulas irritantes que contiene, y no podrá menos de conocerse la contradiccion manifiesta entre el Papa concordando, y la Penitenciaria decidiendo.

No se crea por esto que el Ministerio fiscal vá á entrar en la cuestion política é internacional, que deja del todo intacta, y que en su concepto debe el Tribunal tambien dejar intacta al Gobierno de S. M.: si ha citado el Concordato, si ha puesto de manifiesto la contradiccion entre el Concordato y el rescripto, es porque de esta contradiccion infiere consecuencias en el órden legal que espondrá en este dictámen.

Pasando al exámen de las razones que ha habido para la divergencia de dictámenes entre los que han juzgado de este negocio, deben espresarse las de cada uno. El Juez del distrito de San B..... cree que el hecho está penado en el art. 145 del Código penal: fúndase para ello en que el rescripto se refiere al fuero esterno, y que por lo tanto no está exento del pase, puesto que por el art. 9 de

la ley 9, tit. III, libro II de la Novísima Recopilacion, en tanto no necesitan los breves de Penitenciaria el *Regium exequatur* en cuanto se dirigen al fuero interno, de lo que es consecuencia que estén sujetos á él los que hacen relacion al fuero esterno. Por el contrario, el juez del P..... y la Audiencia se fundan en que los breves de Penitenciaria, como dirigidos al fuero interno, están exentos de toda presentacion, y en que aun en el caso de que la Penitenciaria estralimite sus funciones, no por eso sus breves dejan de estar comprendidos en la escepcion de la espresada ley recopilada. Pero creyendo tanto el juez como la Audiencia, que siempre que estos salgan del sigilo de la confesion, y contengan preceptos ó consejos contrarios á las leyes del reino, deben ser objeto de sancion penal, lo manifiesta el Gobierno en cumplimiento de lo que ordena el párrafo 2.° del art. 2.° del Código.

Lo que aquí, pues, debe ante todo examinarse es, si los breves ó rescriptos de Penitenciaria, cuando no se refieren á la confesion, cuando obtienen publicidad, cuando comprenden á personas que no los han solicitado, cuando son impetrados por uno para imponer su conciencia á otros que no tienen motivos ni escrúpulos para creer pecado el hecho de que se trata, cuando han de tener ejecucion y son ejecutados en el fuero esterno, cuando desvirtúan y desprestigian las leyes del reino, cuando parten del supuesto de no ser suficientes las concordias celebradas entre la potestad espiritual y temporal para el arreglo de las cosas eclesiásticas, y cuando por último atentan á la soberanía é independencia del Estado, están sujetos al pase.

Y el Fiscal le dice con franqueza: no duda ni por un solo momento que lo necesitan, y esto atendida la letra y el espíritu de nuestro derecho. Cree mas: que no es necesaria declaracion, porque las leyes actuales no admiten, en su concepto, la torcida interpretacion que les han dado el juez del P..... y la Audiencia de..... De lamentar es que no haya aun recursos de casacion en materia criminal: estos serian el mejor correctivo de la mala inteligencia de las leyes: estos evitarian el escándalo de absolverse en unas Audiencias, ó tal vez en una Sala lo que en otra de la misma Audiencia se condena: estos pondrian de manifiesto los casos en que hay necesidad de pedir que las leyes penales sean completadas: estos, por último, evitarian la impunidad de hechos que atacan á la independencia y soberanía del Estado cuando están bastante reprimidos por

las leyes. El Fiscal no dice que en la interpretacion dada á nuestro derecho por el juez del P..... y la Audiencia de..... se haya procedido de mala fé: por esto no pide desde luego que se les exija la responsabilidad; pero, lo repite, en su concepto la letra y el espíritu de nuestras leyes exigian otra cosa: el Fiscal, al menos, de otro modo las comprende.

El art. 145 del Código penal dice literalmente: *El que sin los requisitos que prescriben las leyes ejecutare en el reino bulas, breves, rescriptos ó despachos de la corte pontificia, ó les diere curso, ó los publicare, será castigado con las penas de prision correccional y multa de 300 á 3,000 duros. Si el delincuente fuere eclesiástico, la pena será de estrañamiento temporal; y en caso de reincidencia, la de estrañamiento perpétuo.* Lo que debe, pues, discutirse es si el rescripto de que se trata estaba ó no sujeto al *pase*; porque estándolo, se halla fuera de duda que su publicacion y curso están penados por el Código.

Y esto es poco dudoso en concepto del Fiscal: el artículo segundo de la ley 9, tít. III, lib. II de la Nov. Rec. dice *que tambien se presenten cualesquiera bulas, breves, ó rescriptos, aunque sean de particulares, que contuvieren derogacion directa, ó indirecta del Santo Concilio de Trento, disciplina recibida en el Reino y concordatos de mi Corte con la de Roma, los Notariatos, grados, títulos de honor, ó los que pudieren oponerse á los privilegios, ó regalías de mi Corona, patronato de leyes, etc.* Tal es el testo de la ley. Y debiendo segun ella todo rescripto de derogacion directa ó indirecta de concordatos ser presentado al pase, es claro que lo debió ser el obtenido por D. Francisco de Paula A., por cuanto en él se hiere al Concordato en uno de sus puntos capitales. Ni puede ser obstáculo el artículo 9 de la misma ley recopilada que dice: *los breves de Penitenciaria como dirigidos al fuero interno quedan exentos de toda presentacion*; porque de él mismo se infiere que cuando los breves ó rescriptos se dirigen solo al fuero esterno no se libertan del pase. Y esto es tanto mas digno de atencion, cuando en el caso de que se trata, no se pide absolucion de un pecado propio, no la tranquilidad de la conciencia del esponente, no una cosa que debiera quedar entre la Penitenciaria y el suplicante y á lo sumo el confesor; muy al contrario, el que pide, lo hace para sí y para otros de quienes no tiene mision, y que lo repugnan; lo hace sin necesidad de tranquilizar su conciencia, que tranquila quedaría si la Penitenciaria se hubiera limitado á sus fun-

ciones, y mas aun si él hubiera renunciado á la herencia, ya que tenia escrúpulos para adquirirla; lo hace no para que quede oculto, no bajo sigilo sacramental, sino para que pase á ser un hecho ostensible y público; lo hace para que sirva de base en el modo de distribuir una testamentaría, y con la cláusula de que por escrito firmado, se notifique á todos los herederos para que sepan á qué atenerse. No; no es para estos rescriptos la escepcion de la ley: es solo para los dirigidos al fuero interno, que son los únicos esceptuados, y con razon, porque de otro modo se comprometerian los secretos de la conciencia. Y el juez del P..... al elevar su consulta debió conocer cuál era el verdadero espíritu de las leyes recopiladas, cuando para apoyar lo que espone, cita la nota 13 del tít. III del lib. II de la Nov. Recopilacion, en que se declara que los breves de secularizacion, pedidos y obtenidos por Penitenciaria, no están eximidos del pase, por no corresponder segun su naturaleza su espedicion á la Penitenciaria. Así se hizo en tiempo del Sr. D. Cárlos IV, en un punto que era de infinita menor trascendencia que el gravísimo que en mengua de nuestras leyes y de la independencia de la soberanía y de la dignidad de nuestro país, se ha permitido la sagrada Penitenciaria. Claro es, pues, y conocido debe ser á todos el espíritu de nuestras leyes, como claro es en concepto de este ministerio su tenor literal.

Por estas consideraciones no se está, en opinion del Fiscal, en el caso del art. 2.° del Código penal, por mas que así hayan opinado el juez del P..... y una Sala de la Audiencia de..... poco impregnados del espíritu de nuestro derecho, é interpretando malamente su letra.

Dicho lo conveniente acerca de este punto, pasa el Fiscal á la comunicacion del Sr. Ministro de la Gobernacion del Reino. Dícese en ella que el Gobernador de la provincia de L..... le participa con referencia al alcalde de P....., la oposicion de algunos párrocos á la ley de desamortizacion y la funesta coaccion que ejercen en la conciencia de los fieles á quienes se niega la absolucion, y se les amenaza con negarles sepultura eclesiástica. Añádese que el citado alcalde afirma, que al obrar así el clero cumple con un mandato espreso de la Santa Sede, circunstancia que la Reina desea que se tenga muy presente por el Ministerio de Gracia y Justicia, al dictar las medidas que convengan para afianzar el cumplimiento de la ley de 1.° de mayo de 1855.

Esta simple indicacion basta para conocer que dos clases de medidas puede haber que contribuyan á llevar á efecto los justos de-

seos de S. M. Unas del órden político y administrativo, medidas de gobierno, medidas de administracion, que no son sin duda del resorte de este tribunal, y acerca de las que no es de creer que sea consultado. El gobierno espidiendo circulares, dando instrucciones, removiendo los obstáculos que en la ejecucion práctica de la ley de 1.° de mayo se encuentren, y aunando la accion de todos los Ministerios para este fin, sabrá sin duda sobreponerse á las dificultades que algunos poco respetuosos á las leyes se atrevan á suscitarle. Poderosamente podrá contribuir á ello el Ministerio de la Gobernacion, ayudando á descubrir por medio de sus ajentes los delitos y actos punibles de los que hagan una resistencia criminal. Aun la parte que en este camino puede tomar el Ministerio de Gracia y Justicia por medio de disposiciones generales de administracion, no es propia de la consulta del tribunal que debe limitarse á lo que se refiere á la justicia.

El Fiscal que suscribe ha tenido ya mas de una vez ocasion de decir oficialmente su parecer á algunos fiscales de las Audiencias. Los actos de las autoridades eclesiásticas en su vida oficial, los de los ministros del altar que quebrantan las leyes, que faltan á los deberes de sumision, lealtad y obediencia que deben al Gobierno, que abusando de sus funciones inducen la perturbacion y la intranquilidad en las conciencias, caen de lleno bajo la jurisdiccion de las leyes penales, cuando sus actos criminales admiten apreciacion por los medios de prueba que el derecho tiene establecidos: la justicia debe ser severa é inflexible con ellos; este deber de todos los tiempos es mas apremiante hoy, cuando tanto se abusa de lo mas sagrado. Pero al mismo tiempo debe respetarse el sigilo sacramental en los términos que está ordenado por la Iglesia, y no deben llevarse las pesquisas al punto de herir á las conciencias, ni interponerse entre el confesor y el penitente en todo lo que tiene de secreto el Sacramento de la Penitencia. Si los ajentes de la administracion pudieran descubrir la certeza de lo que dice el alcalde de P....., ó al menos adquirir datos de otra clase que sirvieran de base á procesos en que se pudiera poner en evidencia la verdad, harian un gran servicio al país. V. A. entonces no desaprovecharía la ocasion de manifestar su celo, para que se administrara bien, pronto, y ejemplarmente la justicia, como lo hace siempre llenando una de sus mas altas é importantes atribuciones.

En este sentido procede en concepto del Fiscal evacuar el in-

forme pedido. V. A. no obstante resolverá lo que estime mas justo.

Madrid 29 de abril de 1856.

**Gomez de la Serna.**

# DERECHO PENAL.

## CONSULTA.

*¿Es bastante la autoridad que ejercen los Jueces de paz, para que puedan cometerse contra ellos los delitos de atentado y desacato de que tratan los artículos 189 y 192 del Código penal? Caso afirmativo, ¿qué Tribunales conocerán de las causas de esta especie?*

En el dia que el Gobierno con sus disposiciones trata de enaltecer cuanto sea posible la nueva institucion de los Jueces de paz, creemos hacer un servicio á los suscritores á la REVISTA y al público, poniendo á discusion todos los puntos en que no existen resoluciones esplícitas y terminantes, siendo por lo tanto de pura interpretacion las consideraciones y preeminencias que de la legislacion dictada hasta ahora sobre los Jueces de paz puedan desprenderse, con objeto de desvanecer las dudas que en lo sucesivo quizá ocurran acerca del carácter con que la ley ha investido á aquellos funcionarios. El epígrafe que encabeza estas líneas, creemos ocurre perfectamente á nuestro propósito, pues que solo la estension de la autoridad que ejercen los Jueces de paz, es la que puede con facilidad dejar de comprenderse, á causa de no concederles la ley atribuciones de ningun género en la parte penal de nuestro derecho, cuyo solo motivo, sin que hubiera otros, bastaria por sí para hacer desconocer su verdadera autoridad é importancia. Hechas estas breves indicaciones, entremos en la esplanacion de la materia que nos ocupa.

¿Pueden cometerse los delitos de atentado y desacato contra un Juez de paz en todo caso y circunstancias, ó solo en el ejercicio de sus funciones? Sobre ambos puntos versarán nuestras observaciones sucesivas. El Real decreto de 22 de octubre de 1855 en que se crean

los Jueces de paz, establece en su art. 3.° que dichos funcionarios gozarán de la misma consideracion y exenciones que los Alcaldes de los pueblos, como quiera que estos por la Constitucion y las leyes sean la primera y principal autoridad, donde no las hay superiores, de aquí que de la citada disposicion relativa á los Jueces de paz se desprenda naturalmente hallarse unos y otros en la misma línea de consideracion é importancia, por mas que sean distintas sus atribuciones. El pensamiento y espíritu que encierran las palabras del Real decreto citado, no pueden sin violencia referirse á otra cosa que al rango y superioridad nacidos del cargo que desempeñan los Jueces de paz, y como quiera que la principal exencion de que gozan los Alcaldes de los pueblos sea el considerárseles como autoridad en todo caso y circunstancias para poder hacer uso de ella siempre y cuando convenga, ya al servicio y tranquilidad públicos de que especialmente se hallan encargados, ya á la misma autoridad ó poder que representan, cuando de cualquier modo la vieren ultrajada ó escarnecida, de aquí tambien que la antedicha disposicion al tratar de los Jueces de paz, no ha podido referirse á otras exenciones que las que van apuntadas, pues que no hay paridad ni aun remota en las facultades de unos y otros funcionarios, pudiendo por lo tanto deducirse con fundamento que lo mismo los Alcaldes que los Jueces de paz son autoridades de funciones permanentes y que contra unos y otros pueden cometerse los delitos de atentado y desacato. Con todo, si no bastasen estas condiciones, vendrian á corroborarlas la facultad concedida á los Jueces de paz de las cabezas de partido por el Real decreto de 28 de noviembre de 1856, de sustituir en ausencias, enfermedades y vacantes los Juzgados de primera instancia, el uso de sellos de franqueo en la correspondencia de oficio para que les autoriza la Real órden de 19 de marzo de 1857, concesion que si bien de poca importancia, no deja de demostrar la tendencia de equiparar los Jueces de paz, en cuanto sea posible, con las demás autoridades del Estado, y finalmente el uso de baston con borlas igual al de los alcaldes, concedido por la Real órden de 16 de abril de 1857, que fija en toda su estension la real, efectiva é irrecusable autoridad que ejercen los funcionarios de que vamos hablando.

Siempre, desde la mas remota antigüedad, se ha establecido en cuantos reglamentos, leyes y Códigos han tratado de los Tribunales y personas encargadas de componer los mismos, el distintivo que

hayan de usar, á fin de ser reconocidos y respetados en todas partes de una manera conveniente, con objeto de que bajo ningun pretesto pudiera empañarse ni mancillar el lustre y prestigio que debe acompañar á todo individuo ó individuos encargados de velar por el órden social y distribuir la justicia entre sus conciudadanos, adoptándose en todos los casos, con muy raras escepciones, el uso del baston como signo cierto, visible y universalmente reconocido de jurisdiccion, aunque acompañado de algun requisito dirigido á evitar su confusion con el usado por los particulares. Siguiendo el Gobierno este sistema, y al crear la institucion de los Jueces de paz, tan conveniente y útil por cuantos conceptos se la mire, procuró revestirla de un signo demostrativo de autoridad y armonizarla, en cuanto fuera posible, con la de los Alcaldes de los pueblos, á quienes habian aquellos de sustituir en la mayor parte de los negocios judiciales que la antigua legislacion les tenia encomendados, disponiendo al efecto que los Jueces de paz, para ser en todo caso reconocidos y poder darse á conocer como tales, usasen el mismo baston con borlas que los alcaldes, con objeto de hacer valer la autoridad que ejercen, siempre que el servicio público lo reclamase, como representantes de la primera autoridad del Estado é inmediatamente encargados de interponerla en los casos establecidos por la ley. Queda pues demostrado tambien con lo dicho sobre el uso del baston, que los Jueces de paz son autoridades de funciones permanentes ó llamados á ejercerlas en todo caso y circunstancias del mismo modo que los Alcaldes, pudiendo por lo tanto ser desacatados y atentarse contra ellos. Una vez espuestos los fundamentos legales en que se apoya la opinion afirmativa que sustentamos acerca de la autoridad que ejercen los Jueces de paz, y patentizado que la misma vá inherente á ellos siempre y en todo caso, queda bastante contestada la pregunta que antes hacemos de si podian cometerse los delitos espresados, estando aquellos en el ejercicio de sus funciones. En atencion á ser el Juzgado de paz uno de los Tribunales establecidos por la ley con atribuciones propias, cuales son las consignadas en la Ley de Enjuiciamiento civil, no puede ponerse en tela de juicio que las reglas del derecho comun aplicables á los demás Tribunales, las mismas son referentes á los Juzgados de paz en cuanto hacen relacion á la policía, buen órden y medios de represion y castigo, contra los que turbasen de algun modo ó impidiesen el libre ejercicio de su ministerio. Reasumiendo las reflexiones es-

puestas, resulta que los delitos de atentado y desacato descritos y penados en los artículos 189 y 197 del Código, pueden lo mismo cometerse contra los Jueces de paz, que contra las demás autoridades reconocidas hasta ahora como tales para este efecto, por reunir cuantas circunstancias se exigen por la ley para ser considerados como de facciones permanentes ó llamados á ejercerlas en todo caso y circunstancias. Para terminar nuestro trabajo, solo nos resta hablar de los Tribunales que deben conocer en los delitos de este órden cometidos contra los Jueces de paz. Estos no pueden ser otros que los del fuero comun, ante los cuales el Juez de paz contra quien se hubiese cometido el hecho punible de esta especie, puede y debe producir la oportuna querella, siguiendo despues el negocio la tramitacion ordinaria, como si se tratase de uno de los delitos comunes de que contínuamente conocen dichos Tribunales.

Jamás el punto que abraza esta consulta ha ofrecido género alguno de duda al que suscribe, más en primer lugar, el haberlo visto alguna vez impugnado y contradicho hasta con calor, y en segundo el deseo de que se consignen opiniones autorizadas en un caso enteramente nuevo y de contínua aplicacion, especialmente en los pueblos, le han movido á esplanar las razones en que funda su opinion favorable á la verdadera y completa autoridad de los Jueces de paz (1).

**Pedro Ochando Chumillas.**

(1) No cabe ningun género de duda, en nuestro concepto, que los Jueces de paz son autoridades permanentes, y que por lo tanto los atentados ó desacatos que se cometan contra ellos en el ejercicio de sus funciones caen bajo la penalidad con que el Código castiga tales delitos. Los Jueces que deben entender en estas causas son los que entienden de los demás atentados y desacatos contra las autoridades del órden civil judicial, de las que respecto al particular en nada se diferencian; no creemos que sea necesaria querella en forma para que comience el procedimiento el Juez competente; bastará solo que reciba una comunicacion del atentado ó desacato, porque está obligado á perseguirlo de oficio.—*Los Directores de la* REVISTA.

# DERECHO MERCANTIL.

## DEL CONTRATO Á LA GRUESA.

*¿Puede el capitan constituirle alguna vez sobre las mercaderías que conduce á bordo del buque de su mando?—Y si la prohibicion llegase á ser perjudicial al cargador, ¿qué conducta debe observar aquel mandatario procurando por los intereses del dueño del cargamento?*

La responsabilidad de los capitanes de los buques mercantes con los navieros y los cargadores, debe medirse, y se mide, por la alta importancia de su cometido. Honra, vidas, caudales, los tesoros de la industria, todo esto se confía á la probidad é inteligencia del navegante que atraviesa animoso los mares. Problemático es si el Código español de Comercio, como el del vecino imperio, exigen de este mandatario mayor diligencia que la correspondiente á la prestacion de lo que se llama *culpa leve*. En su solicitud por que la nave llegue cuanto antes á su destino, sobreviene con frecuencia la necesidad de tener que arribar á otro puerto, y la de reparar el buque para proseguir el viaje. Tambien ocurre de contínuo que, ausentes el naviero y los interesados en la carga, por falta de corresponsales del armador en el puerto de la arribada, y sin fondos el capitan en país estranjero ó en apartadas regiones, no puede reparar, rehabilitar ni aprovisionar la nave. En íntimas relaciones hoy todas las partes del globo por el lazo fraternal del comercio, aquel administrador encuentra modo de salir del grave conflicto en que le pone fuerza mayor insuperable, acudiendo al escelente recurso del *préstamo á riesgo marítimo*.

Este contrato *aleatorio*, que guarda mucha analogía con el de seguros, porque los riesgos marítimos son el objeto de uno y otro, ha contribuido poderosamente al desarrollo de la navegacion y el comercio. Poco conocidos los seguros entre los antiguos, acudian frecuentemente al medio del préstamo á la gruesa ventura que emplearon los Rodhios, y de que se trata en el título 2, libro 22 del *Digesto*, y en el 33, libro 4.° del Código *repetitæ prælectionis*. No

hace á nuestro intento examinar si este contrato es *real de derecho de gentes* ó *consensual*, como sin entrar en mas esplicaciones sobre esta denominacion, le intitula Mr. Pouget en sus *Principes de Droit maritime*, publicados en 1858. Este jurisconsulto califica despues el cambio marítimo, no de contrato *sinalagmático imperfecto*, sino de *unilateral*, como lo hizo en su tiempo Mr. Pothier. Parécenos, sí, notable en un escritor de tanta ciencia como Emerigon, el lenguaje que emplea diciendo que el contrato del préstamo marítimo es mas *real* que *personal*. Cualquiera que sea la exactitud científica y tecnológica que haya en estas calificaciones, siempre resultará que el préstamo marítimo difiere considerablemente del préstamo comun y del mercantil terrestre. Produciendo aquel contrato, ora real, ora consensual, un crédito privilegiado, y mediando interés de gran cuantía ante la perspectiva de riesgos marítimos, en que no paráran mientes sus *rígidos impugnadores*, debian prevenirse lamentables abusos, y adoptarse precauciones sensatas en favor de la moral y de la buena fé mercantil. Esto es lo que ha hecho nuestra ley, exigiendo para que el contrato á la *gruesa* surta los efectos que se propusieran los contrayentes, la presencia de un riesgo indubitable. De otra suerte se convertiria en una *mera apuesta*, segun la espresion de Mr. Corvetto, sosteniendo el prestador que el buque terminará felizmente su viaje, y lo contrario el tomador del dinero. No hay que perder de vista que aquel aceptó el riesgo de que se trata, y que solo mediante esta obligacion puede justificarse el interés náutico, elevado por lo general, gravoso de contínuo, y superior siempre al de los demás contratos. Designáronse tambien clara y terminantemente las cosas que podian hipotecarse al pago del capital y réditos, salvo empero el derecho del prestador á asegurar mediante el contrato análogo que hemos indicado antes, el importe de las cantidades que se espone á perder por el riesgo que tomara á su cargo. No le pareció bastante al legislador hacer esta designacion, no le pareció bastante que se considerasen escluidos de la responsabilidad *hipotecario-náutica*, los *muebles* que no se incluyen en su catálogo, ó en su lista. Por esto, para evitar toda suerte de dudas hubo de prohibir absolutamente que se tomase dinero á la gruesa sobre los fletes no devengados de las naves, ni sobre las ganancias que se esperaran del cargamento, ni sobre los salarios de los marineros bajo la pérdida de toda clase de premio, siendo asi mas completo y claro el derecho prohibitivo que como estaba consignado en el capítulo 23

de las Ordenanzas de Bilbao de 1757. Razones poderosas abonan estas importantes medidas, sin las cuales podria abusarse con facilidad de la ignorancia y miseria de personas desvalidas, conteniéndose tambien en los límites de la prudencia, al que soñando ganancias cuantiosas quiere esponerse á una ruina probable por lo menos. La ley ha proclamado finalmente de una manera absoluta, que el riesgo marítimo es condicion y fundamento esencial é indispensable del contrato de gruesa ventura.

Pero volvamos al capitan que entra de arribada en un puerto con averías considerables en el buque de su mando, y carece de fondos y de crédito para reparar, para rehabilitar, para aprovisionar la nave y llevarla á su destino, cumpliendo religiosamente el contrato de fletamento. El sabe que puede tomar á préstamo las cantidades necesarias para dichas atenciones y que tiene el deber de hacerlo, como único medio legal que las circunstancias le deparan para surgir cuanto antes en el puerto á que se dirige la espedicion. Pide en efecto á préstamo la cantidad que, segun presupuesto, cuestan las obras de la reparacion, rehabilitacion y aprovisionamiento de la nave, sin las cuales es imposible dar la vela en vuelta de su destino, hipotecando para ello las tres cuartas partes del cuerpo y quilla del buque siniestrado.

Estos objetos no bastan sin embargo para indemnizar al prestador del capital y del interés náutico, ya que prescinda del ordinario que aquel devengue en la eventualidad de *mora* ó negligencia, por que respecto á su pago hay una accion personal comun. Ocúrresele así las cosas al capitan que puede constituirse el préstamo á la gruesa conjunta ó separadamente, sobre el barco, velámen, armamento, vitualias y mercaderías; y usando de la facultad consignada en el artículo 817 del Código de Comercio, ofrece tambien esta última garantía al prestador, en la inteligencia de que procura por los intereses de los cargadores. Pero, ó no se perfecciona el contrato á la gruesa, porque reparan las partes contrayentes en la prohibicion respectiva del otro artículo 671 del Código, prolongándose el crítico estado de la espedicion, ó se espone el prestador á que su póliza no produzca oportunamente fuerza ejecutiva para trabar embargo en las mercaderías, de lo que suministra algunas lecciones la esperiencia. Cuando aludimos á dolorosos desengaños, prueba es de que hay tal cual vez equivocacion ó error, siquiera indisculpable, en la inteligencia de los artículos 671 y 817 del Código. Veamos ahora si

existe en ellos la antinomia ó contradiccion que algunos suponen sin motivo, en nuestro sentir, y la conducta que debe observar el capitan en el estranjero ó en climas remotos, cuando el casco, aparejos, velámen, armamento y vituallas del buque no garanticen suficientemente la cantidad que solicita á préstamo, y el interés ó premio del riesgo marítimo.

En la libre disposicion que de sus cosas compete al dueño, se comprende el derecho de hipotecarlas y darlas en prenda por su propia conveniencia. Ordinariamente ninguna otra persona está facultada para imponer tales gravámenes en la propiedad ajena, y decimos que ordinariamente, para salvar los casos en que la ley supone un poder presunto del dueño, otorgando ella misma esta autorizacion. El artículo 817 concede que pueda constituirse el préstamo á la gruesa sobre el buque, velámen, armamento, vituallas y mercaderías cargadas; pero como toda suposicion para que sea razonable ha de tener términos hábiles, síguese necesariamente que aquella facultad se refiere al dueño de los objetos muebles que se quieren hipotecar, ó al administrador ó encargado á quien la ley otorga este derecho en interés de personas ausentes. El capitan es ó no propietario de las mercaderías que se hallan á bordo. En el primer caso, por esta consideracion ó por la de apoderado del cargador, si tiene autorizacion especial suya, constituye válidamente el préstamo á la gruesa sobre los efectos de que tratamos: pero en el segundo no puede hacerlo, porque carece de poder del dueño, ora espreso, ora presunto en virtud de disposicion legal; y si lo hiciese, nula la hipoteca, carecería el prestador de la accion que le competiera si no adoleciese de este vicio el gravámen impuesto. El capitan está facultado por la ley para tomar dinero á la gruesa sobre el casco, quilla y aparejos del buque, porque tiene interés en ello el naviero, y porque es obligacion suya derivada del contrato de fletamento, procurar á todo trance que la espedicion llegue á buen puerto, y se entreguen las mercaderías á sus dueños, ó consignatarios. Y para en el caso de que no surtiese efecto el arbitrio propuesto del préstamo á la gruesa ventura, se le autoriza por el mismo artículo 644 del Código, á echar mano de la parte del cargamento que baste á cubrir las necesidades mas apremiantes. Segun esta disposicion y los principios de derecho, se escederia visiblemente el capitan de sus atribuciones, tomando á préstamo á riesgo marítimo sobre las mercaderías cargadas, sin que pudiera trabarse ejecucion

en ellas por virtud de la accion real ó hipotecario-marítima y sin que resultase tampoco obligado el naviero, ó armador por la abusiva conducta de su mandatario. Los artículos 38 y 39, capítulo 24 de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, establecieron sustancialmente el mismo derecho que el consignado en el 644 del Código. Nada se dispuso sobre esta materia en el célebre Libro del Consulado que elogiaron, no sin razon y sin justicia, Grocio, Vinnio y otros publicistas y jurisconsultos, porque allí no se trata de verdaderos cambios marítimos; sino de contratos comunes que deparan contra el prestador, acciones mistas que pueden ejercitarse despues de la pérdida de los objetos hipotecados. Pero nunca antes de la codificacion mercantil de 1829, se creyó que en la facultad concedida al capitan para enajenar las mercaderías de á bordo en momentos supremos, se comprendiese la de hipotecarlas al cumplimiento de los contratos á la gruesa. El mismo derecho creemos introducido por los artículos 234 y 236 del Código del vecino Imperio, pues la facultad de empeñar y vender las mercaderías concedida disyuntivamente al capitan, no equivale á la de constituir sobre ellas préstamos á la gruesa. Nuestra ley se propuso, sin embargo, evitar todo linage de dudas é interpretaciones, prohibiendo á los capitanes por el artículo 671 hipotecar el cargamento á la seguridad de estos contratos aleatorios, y declarándolos nulos respecto á las mercaderías.

Por el 817 se espresan las cosas muebles sobre que puede prestarse á la gruesa; por el 644 las facultades del capitan en ciertos casos para enajenar parte de aquellos objetos. Ultimamente si por la importancia de esta atribucion pudiera creerse comprendida en ella la de tomar dinero á la gruesa sobre las mercaderías; estas dudas deben desaparecer completamente ante el testo del referido artículo 671. *No puede el capitan tomar dinero á la gruesa sobre el cargamento, y caso de hacerlo será ineficaz el contrato con respecto á este.* No cabe una prohibicion mas terminante que escluye todo debate en órden al art. 817, y evita acudir á los principios que dominan la materia, para poner en armonía dos lugares legales que lejos de contradecirse se distinguen por su claridad. En nuestro dictámen no admite duda lo que vamos esponiendo, por mas que ocurran préstamos á la gruesa hechos por el capitan sin carácter de sobrecargo ni apoderado de los interesados en las mercaderías, sobre los objetos de la lista del art. 817. Estos casos no probarán mas, sino que hay actos que no producen obligacion civil ni natural, sin em-

bargo de haberse propuesto de buena fé las partes contratantes formalizar un contrato válido y eficaz.

Reparando y habilitando el capitan el buque de su mando, ó proporcionándose fondos para ocurrir á estas indispensables obras sin traspasar los límites que el derecho le prescribe, desempeña un deber ineludible y consulta los intereses del naviero que, noticioso del siniestro, haria como persona prudente, lo mismo que cumple hacer á su mandatario en las espresadas críticas circunstancias. El contrato de fletamento impone á entrambos la obligacion de trasportar las mercaderías al punto convenido del globo, así como al fletador la de satisfacer exactamente el precio pactado. Fué preciso que viniese Colón á prolongar los límites del mundo, para que se desarrollára y trasformase el comercio marítimo; pero ni fué muy apremiante ni se sintió la necesidad de leyes especiales en los primeros tiempos de aquel célebre suceso. La 77, título 18, Partida 3.ª, contiene un elegante modelo de pólizas de fletamento que puede acomodarse á los menesteres del comercio que se emprende por medio de la navegacion de altura. Los puertos de *Lisbona*, *Rivadeo*, *Coruña*, *Santander* y *Sevilla* son los que se le ocurrieron poner al augusto hijo del Santo Rey de Castilla como ejemplo de los viajes de su siglo por los mares del Océano. Y volviendo á nuestro asunto, por lo mismo que incumbe al locador ó fletante evitar la innavegabilidad del buque, ó buscar otro que reciba la carga y la portee á su destino, si no pudiese continuar el viaje la nave fletada, se justifica grandemente, no solo la conveniencia, sino la necesidad en que está el capitan de reparar y habilitar el barco siniestrado, tomando á la gruesa sobre el mismo, el dinero ó los valores que reclamen estas obras. Seria injusto que averías que sobrevienen al casco, aparejos, arreos y pertrechos por fuerza mayor insuperable, ó por vicio propio de estos objetos, se comunicasen á las mercaderías, por cuya conduccion ó trasporte hay que pagar el flete estipulado. Semejante jurisprudencia, introduciendo el desórden, la confusion y la incertidumbre, aniquilarian toda suerte de comercio marítimo. Cada palo aguante su vela, es una especie de refran náutico, debiendo reputarse como la síntesis de parte de un tratado jurídico sobre responsabilidad por perjuicios sufridos en las cosas. Claro es que hacemos ahora completa abstraccion de las obligaciones y derechos que nacen de la naturaleza de las averías sufridas por las naves. Si operaciones marineras comprometidas, ó una arribada for-

zosa, ó siniestros ocurridos en el buque y sus accesorios, constituyen avería gruesa ó comun, puntos son estos que habrán de discutirse y resolverse en tiempo, forma y tribunal competentes.

Se objetará que la facultad de vender la parte necesaria del cargamento en el caso espresado al remate del art 644 del Código, es mas considerable que la de tomar á préstamo á riesgo marítimo sobre las mercaderías, para concluir que llegando este supremo caso, puede el capitan hipotecarlas al cumplimiento del contrato especial. No es aplicable á nuestro asunto la regla de derecho de «*non debet qui plus licet, quod minus est non licere,*» porque el jurisconsulto Ulpiano, ó la ley del Digesto, suponen la ausencia de una prohibicion filosófica y terminante, como la del art. 671 del Código de Comercio. Por otra parte puede negarse que sea mas árdua por regla general la facultad de vender el cargamento, que el tomar prestado sobre el mismo á la gruesa ventura. Enajenadas las mercaderías para subvenir á las necesidades del buque, el propietario es un acreedor del naviero que debe pagarle inescusablemente el precio que lograrian aquellas en el puerto de la descarga. Constreñido el dueño de las mercaderías á ir en socorro de la propiedad del fletante, tan injusto seria que enajenadas aquellas corriera el cargador el riesgo de la pérdida del buque, como que llegando éste á buen puerto, tuviera que pagar intereses crecidos por préstamos hechos en beneficio de la nave. Ni con los contratos á la *gruesa*, ni sin los de *seguros* ya mejorados admirablemente, podria sostenerse hoy un vasto comercio. Por último, desde el momento de la enajenacion de las mercaderías, dejan de estar ellas en riesgo, faltando así la base en que descansa esencialmente el préstamo marítimo. Los comentadores de la Ordenanza francesa de 1681, discurriendo por estos principios, sostenian que el cargamento vendido por el capitan era objeto de un contrato *forzoso á la gruesa*; pero distinguidos jurisconsultos del mismo país se encargaron de demostrar, y demostraron en el siglo pasado, el grave error en que incurrieran aquellos renombrados escritores.

Ni hay contradiccion entre los arts. 817 y 464 y 671 del Código, ni puede negarse que está espresamente prohibido al capitan tomar dinero á la gruesa sobre las mercaderías que lleve á bordo de su buque. Si lo hiciese, el contrato seria nulo por lo tocante al cargamento que no queda hipotecado, ni al pago de intereses náuticos ú ordinarios, ni al de parte alguna del capital. Culpables el prestador

y el tomador, que saben entrambos la prohibicion de la ley, no puede exigir el primero al capitan mas que la devolucion del principal sin premio ó rédito alguno. Cierto que el tomador se ha utilizado de la cantidad recibida, y que el castigo afecta tan solo á uno de los culpables; pero no hay otro medio de contener á los prestadores en el coto ó límite trazado por el derecho. Y si el capitan fuese insolvente, no hay accion contra el dueño de la nave por virtud de los actos de aquel mandatario, debiendo imputarse á sí mismo el prestador las consecuencias de su ligereza é irregular conducta. En los artículos 621, 622, 623 y 624 del Código está bien determinada la naturaleza de la accion que llega á nuestros dias con el conocido nombre de *exercitoria*. Ni cuando ella se introdujo, quedaban obligados los navieros, ni ahora en nuestra época tampoco, siempre que los capitanes se escediesen de sus naturales atribuciones. Las clases patricias y de caballeros romanos eludian la ley que las prohibiera dedicarse á toda suerte de comercio, poniendo al frente de sus establecimientos terrestres ó marítimos, indivíduos sujetos al dominio de aquellos señores, con los nombres de *institor* ó *exercitor*; pero habiendo conquistado esta profesion la importancia y el lustre que la corresponden de derecho, y crean de contínuo en nuestra sociedad aristocracias legítimas, porque proceden del trabajo y del talento, el orígen de la accion náutica y de la terrestre á que aludimos, ha quedado solo para satisfacer una curiosidad puramente histórica, y discurrir sobre la civilizacion paralela, digámoslo así, de las diversas edades. Los efectos de la accion *exercitoria* son los mismos hoy que surcan los mares buques magníficos de vela y de vapor, que cuando ceñían las costas del Océano aquellos navíos que el Rey Sábio de Castilla compara en la ley 8.ª, tít. 24, Partida 12, *al caballo luengo é delgado é bien fecho*, y tambien cuando desconocido este mar para el comercio, las naves tirias, rhodias y romanas cruzaban solamente el Mediterráneo.

Hemos llegado al caso antes propuesto de que no sean bastante garantía para el prestador, el casco, aparejos y demás que el capitan puede hipotecar á la seguridad del pago de la suerte principal y del interés náutico. El art. 644 del Código le depara el medio de cubrir las necesidades de absoluta urgencia, incluyendo nosotros en esta cuenta los gastos indispensables para que pueda continuar el buque la vuelta de su destino. Consiste el enunciado arbitrio en la venta de la parte indispensable del cargamento, debiendo verificar-

se en pública subasta con autorizacion judicial. Parece que el capitan tiene trazada así la línea de conducta que debe observar en todas las eventualidades, y sin embargo es incuestionable que surgen frecuentemente dudas sobre el modo de consultar y procurar aquel mandatario, por los intereses que le están encomendados. Una mala venta de las mercaderías, ó la renuncia de un precio ventajoso en el mercado á que se dirige la espedicion, ocasionaria á veces al propietario mas perjuicios que el tomarse prestado á la gruesa sobre su cargamento. Asegurándose casi siempre los capitales de estos contratos marítimos, hay ocasiones en que el estado de los negocios mercantiles de las plazas permite lograr el dinero ó los valores necesarios á un precio ó interés muy cómodo. Por el art. 109, tít. 1.°, libro 2 del Código de Comercio del vecino imperio, se debe al dueño de las mercaderías vendidas el precio que tendrian otras de la misma clase en el puerto de la descarga, y si naufragase el buque, el que lograran en el de la arribada. Con este derecho no sufre el cargador lesion alguna en sus intereses, porque si bien es cierto que perdiéndose el buque no tendria que satisfacer nada por el capital y premios del préstamo marítimo, logra ahora que, vendidas las mercaderías, se le pague por el naviero el precio que aquellas consiguieron en el puerto de la arribada. Llegando al de su destino, se libra tambien de los intereses náuticos, y consigue por la parte enajenada del cargamento, el valor que alcanzase en el puerto á que se dirige la espedicion. No es esto lo que se establece en nuestro Código, superior al francés, segun opiniones muy autorizadas. El art. 935 declara *avería simple* ó *particular* el menor valor que hayan producido los géneros vendidos por el capitan en una arribada forzosa para pago de alimentos y salvarse la tripulacion, ó para cubrir cualquiera de las necesidades que ocurran en el buque. Y por el 936 se considera *gruesa* ó *comun* el mecoscabo que resultare en el valor de los géneros que fuese preciso vender en dicha arribada á precios bajos, para reparar el buque del daño recibido por cualquiera accidente que pertenezca á la clase de averías gruesas. Tales son para el cargador las consecuencias de la venta de las mercaderías que el capitan puede hacer, en uso de la facultad de la segunda parte del art. 614 de nuestro Código. No nos proponemos ahora, ni examinar la conveniencia de la declaracion del art. 935, ni comparar estas disposiciones con las citadas del derecho francés. Solamente observarémos que puede haber muchos casos en que sea pre-

ferible al propierario de las mercancías que se tome dinero á la gruesa sobre ellas, que sufrir el perjuicio del menor valor de las mismas, ya por sí solo, ó con los demás interesados en la nave y cargamento. No se pierda de vista que hasta el rédito ó premio náutico, si procediese la hipoteca de que tratamos, deberia ser en algunas ocasiones de cargo de dichos partícipes ó interesados como *avería gruesa* ó *comun*.

Parécenos que al acudir el capitan al Tribunal del puerto de la arribada en el caso de la segunda parte del art. 644, debe esponer su juicio acerca de si seria ó no mas conveniente al propietario, tomar dinero á la gruesa sobre la parte necesaria del cargamento que enajenarla ó venderla en pública subasta. Opinando en aquel sentido, se obtendria que el Tribunal proveyese de defensor al ausente propietario de las mercaderías, y que á solicitud suya, y, prévia la oportuna justificacion, se le autorizase para adoptar, como mas ventajoso el primero de dichos dos espedientes. Lejos de infringirse la ley, se atacarian y practicarian así los principios de justicia y de derecho. Quizá se diga que no hay establecido un procedimiento, á que pueda sujetar la instruccion de las diligencias que entonces surgirian; pero lo mismo sucede relativamente á las tambien judiciales, que tienen lugar de contínuo, segun mas de veinte artículos del libro 3.° del Código que trata del derecho marítimo. Aquellas como éstas se practicarian conforme á la jurisprudencia en la actualidad vigente, dado que no es uniforme en los Tribunales de comercio, y en los Juzgados de primera instancia del litoral, cuando conocen de los negocios de aquel fuero. Casi todas éstas actuaciones pertenecen á la jurisdiccion voluntaria, en órden á la cual guarda completo silencio la Ley de Enjuiciamiento mercantil. Materia es la que acabamos de enunciar, y la de la organizacion de estos Tribunales que reclaman nuevas disposiciones en consonancia con los progresos de la época y lo que nos enseña la esperiencia. Para tomarla, se necesita ensordecer á pretensiones de clase que, trascendiendo á goticismo, se entablan á vueltas de protestas ó poco sinceras, ó escasas de lógica. La jurisdiccion asesorada, ó los *jueces legos de derecho* no pueden defenderse hoy con razones propiamente dichas. Son preferibles los *juzgadores puestos en los puertos ó en los otros lugares que son ribera del mar, ante quien vienen los navieros en pleito*, etc. á los Priores y Cónsules y el Tribunal de alzadas creados en Búrgos por los Reyes Católicos al finar del siglo XV. Introducida la

jurisdiccion consular en esta otra Corona, á vueltas de injustas imputaciones á una clase importante y noble, que no era responsable del defecto de las leyes del procedimiento, se autorizó á los Magistrados mercantiles de la insigne ciudad de los Jueces de Castilla, para conocer de los fletamentos de los buques que salian de los puertos de *Vizcaya y Guipúzcoa y de las villas de la costa y merindad de Trasmiera*, pero asunto es éste que reclama artículo aparte.

**Ramon de Solano Alvear.**

# DERECHO CIVIL.

## DE LA SUCESION FORZOSA (1).

### ARTÍCULO 5.°

«Los derechos de la sangre no pueden destruirse por ningun derecho civil.»
*Ley* 8, *ff. de reg. jur.*

«Es principio cierto, que la felicidad de un Estado consiste en que los particulares no sean muy ricos, porque los demás se reducen á jornaleros suyos, mendigan, no se casan y el Estado se disminuye, mientras los ricos se enervan con la disipacion, con la gula y otros vicios.» Campomanes, *Tratado de la regalía de amortizacion.*

Si es generalmente sentida la muerte del sábio, lo es doblemente para mí la del catedrático de Salamanca D. Francisco Castañs, porque me ha privado del placer que hubiera tenido en ver concluida la impugnacion que se proponia hacer de mis escritos sobre esta importante materia.

(1) Véanse las págs. 57 y 195 del tomo XIII, 154 y 419 del tomo XIV, 23 y 241 del tomo XV y 23 de este tomo de REVISTA.

Sin embargo de que sus ideas eran contrarias á las mias, hubiera tenido un particular gusto en verlas controvertidas en el campo de una ilustrada y razonada discusion, porque esta es la mejor garantía del acierto. Nunca me han disgustado las inpugnaciones, porque estoy en la idea de que el escritor que no tiene ánimo para sufrir la crítica ó la censura de sus obras, debe tirar la pluma, porque nunca hará cosa buena.

Debo ante todo manifestar mi agradecimiento por la moderacion y la templanza con que ha combatido mis ideas el señor Castañs, y sobre todo por la justicia que ha hecho á mi posicion y á la independencia de mi carácter, creyendo que son hijas del convencimiento y que no llevan otro objeto que el de la felicidad general.

El ejemplo que nos ha citado de las provincias de Navarra, Vizcaya, Aragon y Valencia, si algo prueba, es que en aquellas provincias los hijos segundos son tanto ó mas desgraciados aunque en Cataluña, y que su legislacion foral en materia de sucesion forzosa necesita de ser reformada con arreglo al «Proyecto de Código civil español» en beneficio de aquellos desgraciados, que forman la gran masa de la nacion.

Se nos cita la ley 16, tít. 13, lib. 3 de la Recopilacion de Navarra, que dice que cumple el padre con dejar al hijo una *robada de tierra en los montes comunes* y la cantidad de cinco sueldos; pero se ha omitido decir que esta ley no invoca para ello capítulo alguno del fuero general, sino el *uso, estilo y costumbre inconcusa é inviolablemente observada de tiempo inmemorial*; y que el fuero, por el contrario, en su capítulo 8, tít. 4, lib. 2, establece solamente cuatro causas de desheredacion.

Es verdad que en Vizcaya y pueblos de Alava, comprendidos en la tierra de Ayala, Llodio y Aramayona, pueden los padres desheredar libremente á los hijos, eligiendo para la sucesion al que mejor le parezca, separando á los demás con el mueble y raiz mas despreciable; pero han de disponer forzosamente de la herencia á favor de los descendientes, caso de haberlos.

Es cierto que en Aragon el padre es árbitro de fijar la legítima de los hijos y en instituir heredero á uno solo de ellos. La legítima por práctica y costumbre es de diez sueldos jaqueses, cinco por bienes sitios ó raices y cinco por los muebles, pero los tribunales conceden suplemento de legítima á los hijos cuando lo que se les deja no guarda proporcion con los bienes del padre.

En un tiempo se introdujo la práctica en aquel reino de que el padre pudiese instituir heredero á un estraño, dejando á los hijos los diez sueldos por legítima; pero se desterró como contraria al fuero, por el que está el padre obligado á dejar la herencia á los hijos, ó por lo menos á uno de ellos.

¿El fuero catalán es contrario al derecho natural? Esta es la primera cuestion que nos presenta el señor Castañs en su citada impugnacion, y al resolverla negativamente no ha tenido en cuenta la historia, la legislacion y los principios humanitarios y benéficos de que tanto abundan nuestros escritos. Por eso dice en la página 37, al emprender su impugnacion, «no seguiré al señor de Pou en la »escursion que ha hecho en el campo *histórico de la legislacion de* »*Castilla y Cataluña.*»

Respeto mucho la opinion de mi ilustrado compañero, pero se me permitirá que haga observar, que si en alguna ciencia es necesario el estudio de la historia, en ninguna lo es tanto como en la jurisprudencia. «No puede formarse una idea exacta de la legislacion »de un país el que no sabe su historia (1).»

Para resolver la cuestion propuesta, se dice que es conveniente el exámen prévio de si la facultad de testar es permitida por derecho natural y si está en lucha ó en armonía con el derecho civil.

La primera parte de esta proposicion creo que ha quedado completamente demostrada de un modo contrario á las ideas y á las aspiraciones del señor Castañs en las primeras páginas de la *Memoria sobre la conveniencia y utilidad de la sucesion forzosa*, que publiqué en Barcelona en el año de 1857.

»Tal es, decia, la respetable opinion de este profundo jurisconsulto (Linguet) sobre la libertad de testar, y en el dia apenas hay ninguno que no tenga la testamentificacion por derecho puramente civil, ni gobierno que no reconozca en sí la competente autoridad para suspenderla, ampliarla ó restringirla» (2).

«La *historia*, que enseña mas que todas las opiniones de los ju-

---

(1) *Memoria sobre los derechos y privilegios de las mujeres casadas y de las viudas en Cataluña*, por el autor de este artículo, inserta en el tomo XV, pág. 121 de esta REVISTA.

(2) Puffendorf, de *de jur. nat. et gent.*, lib. 4, cap. 10 et 11. Heineccius, *Elem. jur. nat. et gent.*, lib. 1, cap. 11. *Et in disset. de testamentifac.*

ristas, demuestra que la mayor parte del género humano no ha conocido los testamentos. En Grecia no los hubo antes de Solon y Epitáteo (1). Y Platon despues de ponderar los inconvenientes de la testamentificacion en el estado de vejez ó enfermedad, aconsejaba *que se coartase* la libertad de testar (2).

En el reino de Siam los bienes de los difuntos se dividian en tres partes; una para el Rey, otra para los sacerdotes y otra para los hijos (3).

Entre los Etiopes son preferidos á estos en las herencias los parientes del padre y de la madre (4). Entre los Armenios no heredan las mujeres (5). En algunas provincias hereda el fisco á los estranjeros (6). En otras no pueden testar los menores de 25 años. En otras ningun soltero.

Si en el estado de la naturaleza, en el orígen de las sociedades no se conoció el dominio, si nadie tenia la propiedad de las cosas, si estas pertenecian al mas fuerte ó al primer ocupante, ¿en dónde estaba el derecho de hacer testamento?.....

Este derecho, ó la facultad de disponer de nuestros bienes para un tiempo en que ya no existirémos, no nos viene por cierto de la naturaleza (7), pues en el derecho natural, el hombre muere, sus bienes quedan vacantes y se apodera de ellos el primero que llega: mas las leyes civiles en todas las naciones, despues de fijar el derecho de propiedad y de hacerle comunicable mediante los contratos, le hicieron tambien trasmisible en el instante de la muerte, abriendo así la puerta á los testamentos y sucesiones.

Los griegos antes de la guerra de Troya, vivian de la rapiña: y el que coteje la descripcion que hace Tucidides de las antiquísimas costumbres de Grecia, con las que hacen César, Mela, Tácito y Estrabon de los antiguos alemanes, hallará una semejanza comun á todas las naciones bárbaras del mundo. El uso de las naves, es decir, el comercio marítimo, hizo civilizados á los griegos: nacieron las artes, se inventaron las ciencias, se formaron las leyes, se eri-

---

(1) Plutarcus, *in Solone, et in Egid.* Arist. *Polit.*, lib. 2, cap. 9.
(2) *De leg.* lib. 32, Dig. 11.
(3) Schouten, ap. Puffendorf, *loc. cit.*
(4) Puffendorf, *ib.*
(5) Heineccius. *Element. jur. german.*, lib. 2, tít. 9.
(6) Heineccius, *ib.*
(7) Antonio Gomez, á la ley 3 de Toro.

gieron los tribunales y hallaron los ciudadanos el modo de vivir en la necesidad mútua de cada uno.

Así es que en el estado de la naturaleza no se conocian los testamentos. La facultad, pues, de testar ó de disponer de nuestras cosas para un tiempo en que ya no existirémos no es de derecho natural. Queda, pues, con esto probado la primera parte de la proposicion de un modo contrario á las ideas de mi contrincante.

El derecho civil, por el que se ha consignado en los códigos de todas las naciones cultas la facultad de hacer testamento, como lo reconoce mi adversario, lleva necesariamente consigo la regulacion del derecho natural de que habla el célebre Linguet en el lugar citado en mi *Memoria sobre la conveniencia y utilidad de la sucesion forzosa* (1).

La esencia del derecho natural es la libertad indefinida, como ha dicho este profundo jurisconsulto. De este derecho no existe el menor vestigio en la sociedad, porque el derecho civil es la privacion absoluta de esta libertad.

El pretendido derecho natural que subsiste entre nosotros, es como dice el mismo Linguet, una produccion facticia, absolutamente estraña á la naturaleza y obra solo del arte que le ha dado orígen.

«Este derecho (como dice Burlamaqui), considerado como una facultad, como una potestad, ó como un poder de obrar, no es otra cosa que el poder que tiene el hombre de servirse de su libertad y de sus fuerzas naturales con respecto á los hombres; *siempre que la razon apruebe este ejercicio de sus fuerzas y de su libertad*» (2).

El derecho tomado en este sentido (prosigue el autor citado) tiene por opuesto á la *obligacion*, que no es mas que una *reduccion, ó una limitacion de la libertad natural*, producida por la razon, mientras esta no nos permite resistir á los que usan de su derecho con respecto á nosotros.

Tal es el pretendido derecho natural que subsiste entre nosotros, segun la definicion de este sábio escritor, absolutamente estraño á la naturaleza y obra solo del arte que le ha dado su orígen, como ha dicho Linguet con tanta oportunidad.

---

(1) Véase las págs. 224 y 463 del tomo XII de esta REVISTA, donde la hemos publicado.

(2) Elementos del derecho natural.

Pero este derecho, repito, que no es el primitivo derecho de la naturaleza, por el cual disponia el hombre arbitrariamente de sus cosas y hasta de una manera contraria á su conservacion y perfeccion, y á la conservacion y perfeccion de su familia, y de una sociedad civil que no existia en el estado natural. Véase, pues, cómo son inoportunas las consideraciones aducidas por mi competidor para destruir la respetable opinion de Linguet.

Una vez establecida la sociedad civil y natural, cualquiera que sea su gobierno, está obligada por derecho natural á conservar y protejer á todos los que nacen en ella, y por lo mismo debe mirar con igual favor y predileccion al hijo segundo que al primogénito. Por derecho natural nacen los miembros del Estado sujetos á las leyes de la sociedad donde reciben la vida. Esta obligacion nace de la naturaleza misma de la sociedad y del fin porque fué esta establecida.

El Gobierno, pues, cualquiera que sea su forma, no solo debe proteger á todos los indivíduos, sino que debe procurar, por medio de leyes justas y benéficas establecer entre ellos la igualdad de derechos que sea compatible con el órden natural y civil.

Las leyes que tienden á destruir esta igualdad, permitiendo, como la Constitucion catalana y la legislacion foral, que el padre pueda establecer una notable desigualdad en los bienes y fortunas de los hijos, hasta el punto de hacer rico al uno y dejar á los demás reducidos á la indigencia, son contrarias á este mismo derecho natural que se invoca por nuestros adversarios.

Si es un deber natural del padre el criar, alimentar y educar á aquellos á quienes ha dado el ser, no lo es menos el proporcionarles una decorosa subsistencia, ó el darles una porcion razonable de sus bienes al tiempo de su muerte. Este es un deber que la naturaleza y la ley le imponen de consuno. El padre no tiene ya sobre sus hijos un poder arbitrario; no es dueño ó señor de vida ó muerte como en los primeros tiempos de Roma, y debe por lo tanto, no solo alimentarlos y educarlos, sino que no puede hacerles desgraciados ni quitarles la parte de bienes ó fortuna que racionalmente les corresponde despues de su muerte, por su calidad de herederos forzosos del mismo.

Si el padre es rico y opulento al tiempo de su muerte, no puede tolerar la naturaleza ni permitir las leyes de ningun país civilizado que los hijos se vean reducidos á la indigencia, ni que entre ellos

se establezcan distinciones ó desigualdades odiosas y desproporcionadas hasta el punto de que el uno se quede con toda la herencia, con todos los bienes, con toda la fortuna y que los otros no tengan muchas veces donde guarecerse ni de qué comer.

Esto, en vez de producir los beneficios que se proponen los apologistas del sistema foral, ha dado lugar á todos los males que hemos enumerado en nuestros escritos. Testigo presencial el Escelentísimo Sr. D. Pascual Madoz de los pleitos, ódios y rivalidades que engendra este sistema entre las familias catalanas, en el acto de recibir á una comision de los hijos segundos de Cataluña, que se le presentó demandándole su apoyo y proteccion en el Congreso, pronunció el discurso siguiente:

«Yo les prometo hacer todo lo que pueda en favor de su peticion, porque la considero justa, y además está en mis convicciones. Señores, ¿no hemos quitado los mayorazgos y las vinculaciones? ¿Por qué se ha de permitir que en Cataluña se vincule bajo un frívolo pretesto? ¿No hemos mejorado la suerte de los hijos segundos y terceros de la grandeza de toda España, ¿por qué no se ha de mejorar tambien la de los hijos segundos catalanes? Esta tolerancia es un contrasentido de las leyes del año 12 y 37. Yo me ocuparé de esto, porque en las reformas no se ha de cejar ni un solo dia hasta verlas terminadas; cuanto mayores sean las dificultades, mayor debe ser la constancia en vencerlas.

»Por otra parte, esta ley catalana no ha logrado ni puede lograr el objeto que se propone, cual es la gratitud de los hijos hácia sus padres, porque donde no hay amor no hay gratitud, en donde hay amor no hay distinciones, en donde hay distinciones se crean enemistades y ódios entre el hijo primogénito y sus hermanos, *y esta es la causa de que en ninguna provincia de España hay tantos pleitos como en Cataluña.*»

«En los pocos dias que estoy en ella y en todas partes se me han pedido, y he negado, recomendaciones para los jueces y Sr. Regente de esta Audiencia, por los pleitos que tienen pendientes los hijos contra sus padres, los padres contra sus hijos, los hermanos contra sus hermanos; de modo que esta ley lejos de lograr, como he dicho, el objeto que se propuso, *ha sido y es la desunion, la discordia y la perdicion de las familias.*» (1)

(1) Véase «La Corona», periódico de Barcelona de 1.° de diciembre de 1859, y el BOLETIN de la REVISTA, tomo IX.

Nada podríamos añadir nosotros al vivo relato que ha hecho con esta elocuente manifestacion, una persona tan digna, tan competente, tan autorizada y tan conocedera del país y de la familia catalana como el Sr. Madoz.

Don Pedro Nolasco Vives, decano del Ilustre colegio de Abogados de Barcelona; uno de los mas celebrados escritores modernos del derecho catalan, y cuya opinion no podrá ser sospechosa á nuestros antagonistas, al tratar de esta materia se espresa así:

«Algunos han criticado la disposicion de esta ley (la constitucion que señala la legítima de los hijos) bajo dos aspectos: el primero, porque quiso limitar en tanta manera la legítima de los hijos, que deben contentarse con solo la cuarta parte de la herencia, por mucho que sea su número; y el segundo, porque en dicha ley se faculta á los herederos para pagar la legítima en dinero ó en cuerpos hereditarios. En cuanto á lo primero, creen que fué mas razonable derogar la ley gótica, que la costumbre segunda que se dice haberse observado en algunos distritos, porque limita demasiado la libertad del padre; pero al mismo tiempo dicen que debia dejarse en observancia la costumbre primera, ó mejor la ley romana que en ella se cita, que es la novela 18, capítulo 1.°, en la que se señala la tercera parte de la legítima si los hijos no pasan del número de cuatro, y la mitad si esceden de dicho número. Recuerdan que Cataluña estuvo en un estado mas floreciente en los siglos XIV y XV en que se observaba generalmente la costumbre primera, que no despues de 1585 en que se prefirió la ley 2 de este título. En efecto, *fueron funestos los efectos de esta ley*, pues el grande prurito de vincular, que se estendió con tanta vehemencia en aquella época, encontró mas materia en que cebarse; y libres los padres en la disposicion de las tres cuartas partes, y pudiéndose satisfacer en dinero la otra cuarta parte, se estancó la propiedad, y casi no habia podido adquirirse una sola finca, sino á beneficio de lo que se ha espresado en la página 308 de este tomo. De otra parte los hijos segundos, viéndose reducidos á una legítima tan mezquina, y no habiéndose acostumbrado aun á negociar el dinero que se les entregaba, se vieron casi condenados al celibato, y resultó un efecto contrario al que se propusieron los autores de la ley, pues no casándose los hijos segundos de las casas principales en aquella época en que la milicia no ocupaba tanta gente, *se perdieron muchísimas*

*de aquellas casas principales, para cuya conservacion se hizo precisamente esta ley.»* (1)

Esto prueba con evidencia los males que ha producido en Cataluña la ley de sucesion, y que desde remotos tiempos ha sido objeto de la crítica y de la censura de autores catalanes muy respetables.

No pretendo que se establezca entre los hijos una absoluta igualdad, ó que los bienes del padre al tiempo de su muerte se repartan entre ellos por partes iguales, como algunos han pretendido. Nada de esto. Estoy enteramente opuesto á esta igualdad, pues quiero que se deje al padre la facultad de mejorar á alguno de sus hijos, como se hace por medio del artículo 642 del Proyecto del Código civil español.

Esta facultad (como decia en mi citada Memoria) que la ley concede á los asendientes, nos parece muy conforme por estar acorde con la justicia y con los sentimientos de la naturaleza. Si se prohibiese toda mejora en favor de los herederos forzosos, es cierto que se estableceria entre ellos una rigurosa igualdad, como ha dicho un ilustrado jurisconsulto. ¿Mas esta igualdad, este nivel perfecto, este absoluto equilibrio entre los hijos de un mismo padre, seria siempre justo, correspondería siempre á los sentimientos del corazon y á los designios de la naturaleza? ¿Cómo la naturaleza ha podido otorgar derechos iguales á los que de tan diverso modo ha tratado? ¿Dónde encontrar una familia en que todos los individuos tengan una fuerza física igual, inteligencia igual, una fortuna igual, y en la que ninguno ha tenido desgracias y sufrido enfermedades que no han tenido ni sufrido los demás de ella? Necesario es haber perdido de vista esas desgracias y esas diferencias, que generalmente hay en las familias, para querer proporcionar á todos sus individuos una igualdad absoluta de la herencia paterna.

Si la ley prohibiese al gefe de la familia socorrer al indivíduo que está mas necesitado; si no pudiese levantar al mas desvalido ó al menos protegido por la fortuna; si tuviese atadas las manos para socorrer los males que está llamado á presenciar; si no pudiese hacer cesar ciertas desgracias entre los indivíduos de la familia, que quisiera que fuesen tan felices como los demás; en una palabra, si careciese el padre de toda facultad ó intervencion benéfica, se ve-

(1) «Usages y demás derechos de Cataluña,» tomo 2, págs. 346 y 347.

ria privado del principal medio de hacer respetar su autoridad tan necesaria para mantener el equilibrio y sostener el órden en la familia, y de ser justiciero, directivo y tutelar.

Véase, pues, como en este punto estamos acordes con el Señor Castañs, con la diferencia que él quiere que las facultades del padre sobre esta importante materia sean muy latas, mientras que nosotros sostenemos que deben ser justas y razonables y en un todo conformes á los sentimientos del corazon y á los designios de la naturaleza.

Así es que la legislacion que encierra dentro de estos límites la facultad de testar es la mas conforme á la naturaleza y á lo que se halla establecido en los códigos de todos los países civilizados.

No cree mi contrincante que el padre pueda llegar á abusar de la facultad que le dá la constitucion catalana, permitiéndole dejar á un estraño las tres cuartas partes de la herencia, y dice que á su juicio son insuficientes las razones en que me apoyo para demostrarlo. Despues de cinco siglos de existencia (dice) que cuenta el fuero catalan, ¿se conoce algun caso en que el padre, sin grandes motivos, haya dejado á un estraño las tres cuartas partes de los bienes y solamente una cuarta á la totalidad de sus hijos?.....

Se conocen muchísimos casos hasta el punto de ser una costumbre generalmente observada desde tiempo inmemorial, el dejar el padre las tres cuartas partes de su herencia al hijo primogénito, en perjuicio de los demás, quienes se ven muchas veces reducidos á la indigencia; y podriamos citar tambien algunos casos en que el padre ha dispuesto de la mayor parte de su herencia á favor de su segunda consorte, lo que ha dado lugar á muchos pleitos que existen en el Archivo de la Audiencia; y estas disposiciones serian sin duda mucho mas frecuentes, si las facultades del padre no se hallaren en este punto limitadas por la famosa ley romana *Hac edictali, Cod., de secundis nuptiis*, vigente en Cataluña, que prohibe al cónyuje sobreviviente dejar al segundo consorte mas de lo que haya dejado á aquel hijo del anterior matrimonio á quien haya dejado menos. No dejaria de tener noticia el Sr. Castañs de algunos testadores que han nombrado por heredero á Dios y á su alma, y de otros que han elegido por herederos de confianza á personas estrañas que se han quedado con las tres cuartas partes de la herencia. Estos casos han sido bastante frecuentes en Cataluña. Pero basta en fin que el padre abuse de esta facultad de un modo tan patente á favor del hijo

primogénito y en perjuicio de todos los demás, hasta el punto de haberse establecido sobre ello una costumbre constante é inviolable, para que se ponga un justo y razonable límite á esta omnímoda facultad.

El Sr. Castañs ha creido hallar en mis escritos dos equivocaciones, y se ha tomado un trabajo bien inútil, trayendo á colacion los datos estadísticos para demostrarlas. Dice en primer lugar que el principal argumento y la base de mi opinion consiste en el ejemplo que puse en mi citada Memoria, sobre la sucesion forzosa, de un padre que tenga ocho hijos y un patrimonio de cien mil duros de capital, correspondan al heredero 75,000 duros por dicho concepto, y los restantes 25,000 repartidos entre todos los hijos, corresponden 3,125 á cada uno de ellos. De modo que el heredero (que es casi siempre el hijo primogénito) se lleva 78,125 duros cuando á sus infelices hermanos solo les corresponden 3,125.

¿En dónde están las equivocaciones ó la inexactitud de esta demostracion? El Sr. Castañs ha creido hallarlas en los hechos siguientes:

«1.° Que son muy pocos los padres que en las provincias foraºles dejen al morir un capital líquido de 100,000 duros.»

Luego hay algunos, como lo ha demostrado el mismo Sr. Castañs.

«2.° Que es muy raro y escepcional el caso en que le sobreviºvan ocho hijos.»

No es tan raro como le parece á dicho señor. Esto está en el órden de la naturaleza, y creo que de ello se ven en todas partes muchos ejemplos.

«3.° Que en Cataluña el padre cuando instituye heredero á su hijo primogénito, no le dá, sino que le restituye hasta cierto punto unos bienes, cuya conservacion y aumento *algunas veces* se debe solo á su laboriosidad y economía.»

Esto no es mas que un dicho del Sr. Castañs, y si algunas veces sucede lo que él dice, no se nos negará que muchas otras el hijo primogénito ha causado la ruina del patrimonio de su padre, lo que es muy fácil que suceda por lo que dice el célebre Campomanes en el párrafo transcrito en el epígrafe de este artículo. Este hecho, pues, nada prueba por su vaguedad y poca exactitud.

«4.° Que no es exacto, por punto general, que á los segundoºgénitos se les deje solo la cuarta parte de los bienes.»

En tanto es exacto, como que son infinitos los casos en que se les deja aun menos de esta cuarta parte, que es lo que les corresponde por la ley. Apelo sobre esto al voto de los Jueces y Tribunales, pues no habrá uno solo que diga que no haya tenido muchos pleitos en demanda de suplemento de legítima por no haberse dado por los padres á sus hijos segundo-génitos lo poco que les correspondia por la ley. De modo que en Cataluña estos pleitos son y han sido siempre los mas frecuentes, como puede verse en las escribanías y en el archivo de la Audiencia del territorio, y como bien claramente lo dice en el lugar citado el respetable Sr. D. Pascual Madoz. De modo que me admira que el Sr. Castañs, que por tantos años habia ejercido la abogacía en este Principado, haya sentado un hecho semejante.

Los cuatro hechos, pues, sentados por dicho señor, aparte de su inexactitud, no prueba ni probarian, aunque fuesen ciertos, las dos equivocaciones que me atribuye en el citado ejemplo, porque es imposible destruir ni negar las premisas en que está basado, que se fundan en la ley de sucesion que rige en Cataluña, y siendo ciertas las premisas debe ser legítimo el argumento ó la consecuencia.

Aquel ejemplo es de mayor á menor; pero si se pone vice-versa resultará lo mismo. Supongamos que un padre posee un patrimonio de 20,000 duros de capital, y que deja cuatro hijos al tiempo de su muerte, resultará que el heredero, que es por regla general el primogénito, como no lo ha podido negar el Sr. Castañs, se llevará quince mil por dicho concepto, mientras que los cinco mil restantes tendrán que repartirse entre los demás hijos, y aun entrará el heredero en esta reparticion por una parte igual á los demás; de manera que á cada uno de estos solo les corresponderá 1,250 duros, en tanto que el heredero tendrá 16,250. Véase, pues, cómo resulta la misma desproporcion, que no podrá nunca destruirse por ninguna estadística oficial. Asi es que no seguiré al Sr. Castañs en la escursion que ha hecho á la estadística de Cataluña, porque desde luego se observa que los datos aducidos no destruyen ni podrian destruir, aunque fuesen exactos, mis argumentos, fundados en la desigualdad que se observa entre los hijos en la herencia paterna.

Repito que celebro que el Sr. Castañs me haya proporcionado esta bella ocasion de dilucidar una cuestion tan importante para Cataluña y provincias forales, y hubiera deseado que el digno señor D. Ramon Roig y Rey, presidente de la Academia de Jurispru-

dencia y Legislacion de Barcelona hubiera hecho lo mismo, porque como dije en la contestacion á su discurso leido en la Academia, que aun se mejoraría en caso de república. Lejos de rehuir las polémicas desearia sostener una lucha con todos mis adversarios, puesto que la razon, la naturaleza y la justicia me facilitan datos para vencerlos á todos en el campo de la discusion.

**Francisco de Pou.**

---

## DE LOS INTERESES EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO.

*¿Hay en el dia términos hábiles para una demanda judicial sobre reduccion de intereses en el contrato de préstamo?*

Nuestro ilustrado compañero el Sr. Arias Brime ha resuelto esta cuestion afirmativamente (1), y nosotros, deseando ilustrar un punto tan importante de nuestro derecho, vamos á esponer las razones que tenemos para ser de la opinion opuesta.

Para demostrar que el contrato de préstamo á interés no ha sido modificado por la ley de 1856, como dá á entender el Sr. Arias, sino *absolutamente creado* por ella, vamos á hacer una ligera escursion por nuestros Códigos y presentar su verdadero desenvolvimiento.

El Fuero Juzgo, aceptando los principios de la legislacion romana, establece la tasa del interés en la ley 8.ª, tít. 5.º, lib. 5.º El Fuero Real, publicado por el hijo de un Rey célebre por su ódio á los judíos, trató, como era natural, de aumentar trabas á la industria de estos miserables, que como dice Blanqui *se desquitaban con el culto del oro de las afrentas recibidas á sus creencias*, y en la ley 6.ª, tít. 4.º, lib. 4.º restableció la tasa de tres maravedís por cuatro por todo el año, bajo pena de nulidad y de tomar lo doblado á aquel que lo tomó.

---

(1) REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, pág. 44 de este tomo.

Las Partidas escritas bajo la influencia del derecho canónico, que en los Concilios de Nicea y de Cartago habia prohibido el préstamo á interés, adoptaron tambien este sistema y le copiaron en las leyes 31 y 40, tít. 4.°, Partida 5.ª

La Iglesia cada vez mas poderosa renueva los ataques que los Santos Padres habian dirigido contra la *usura*, y hace que Enrique III *por servir á Dios* no solo prohibiese el préstamo á interés, sino que impusiere á sus contraventores la pena de escomunion y la pérdida de oficio al escribano que otorgare el contrato. Leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª tít. 22, lib. 12 de la Nov. Recop.

No vamos á demostrar aquí el error de los solialistas al creer que los Santos Padres habian combatido la propiedad en los ataques dirijidos contra la usura, porque además de no conducir á nada para la solucion que debatimos, es imposible creer, como dice Mr. Laurier(1) que San Basilio pueda ser el precusor de Luis Blanc.

Lo que sí es necesario tener presente, que el préstamo á interés estaba abolido de derecho, y que si bien por las leyes 14, 17, 18 y 21, tít. 13, libro 10, de la Novísima, parece que estaba permitido un 6 por 100 entre mercaderes y comerciantes; sin embargo esto no fué sino taxativo y limitado para los estractores de lanas, y con el objeto de que no sufriesen perjuicio con el tanteo que estaba concedido á los fabricantes.

El Código de Comercio vino á hacer mas estensiva esta determinacion, y en los artículos 397 y 398, dispuso que el rédito que los comerciantes estableciesen en sus préstamos no podria esceder de un 6 por 100.

A pesar de las prohiciciones de nuestras leyes, nació, como dice el notable jurisconsulto Sr. Gomez de la Serna, «una costumbre »arraigada á vista, ciencia y paciencia del legislador, y admitida »por los Tribunales que estendia á toda clase de préstamos el inte»rés que entre comerciantes estableció el Código de Comercio (2).»

De este modo la opinion se sobrepuso á los preceptos legales, y á la prohibicion absoluta del préstamo sucedió la antigua tasa legal, autorizada por nuestros primeros Códigos, aunque en diversa escala.

Sin embargo las penas y las censuras estaban vigentes, y esto

(1) La liberté de l'argent.
(2) Curso de derecho romano.

además de los inconvenientes de la tasa, hacía que el contrato de préstamo fuese mas usurario y mas difícil, y el Código Penal de 1848 para hacer desaparecer alguno de aquellos obstáculos eliminó la usura de la escala de los delitos.

Mas esto no era bastante para atraer al mercado un número considerable de valores que se hallaban retraidos, y favorecer la concurrencia para la baja de la usura, porque estando aun vigentes las leyes que declaraban nulo el contrato en que interviniesen usuras, se daba lugar al *acaparamiento* ó monopolio de estas negociaciones por los mas audaces que se hacian pagar bien caro su esposicion.

Entonces se publicó la ley de 14 de marzo de 1856, en cuyo artículo 1.° y 2.° se dispuso que quedaba abolida la tasa del interés del capital dado á préstamo, y sujeto únicamente á la convencion que los particulares pactasen por escrito.

Por el exámen de las leyes que hemos enumerado se demuestra lo que digimos al principio, y es, que el objeto de la ley de 1856 no fué el suprimir una especialidad en el contrato de préstamo, como pretende el Sr. Arias Brime, sino darle una *nueva* forma y una *creacion especial*.

La ley de 1856 vino á dar valor al contrato de préstamo que de derecho estaba prohibido, y á quitar la tasa que la práctica habia admitido y que la ciencia habia demostrado era tan perjudicial á los tomadores como á la riqueza pública en general.

De tal modo es esto cierto, que en dicha ley se encuentran determinados, no solo los requisitos necesarios para su validez, sino la solucion de las cuestiones que de él pueden nacer, y que no deben resolverse por las reglas ordinarias de los demás contratos.

La ley que habia dado vida á una nueva contratacion, se encargaba de regularizarla y de señalarla la esfera en que legítimamente podia girar; así es, que despues de determinar en el art. 1.° que quedaba abolida la tasa del interés, se ocupa en los siguientes de designar lo que se entiende por éste; de marcar la unidad de tiempo á que hay que atender para exigirle; de manifestar las cosas en que puede consistir; el modo de verificarse y estinguirse, y por último, de señalar el interés que debe pagarse cuando no se ha pactado espresamente.

Este contrato se encuentra completamente circunscrito en la órbita que le marcó la ley que le dió orígen, y en ella *únicamente* hay que buscar la solucion de las cuestiones á que dé lugar.

Ahora bien, ¿del contesto y espíritu de los arts. 1.° y 8.° puede deducirse que hay facultad para reclamar la reduccion del interés por lesion ó por otra causa?

Nosotros creemos que no, porque en ellos no se establece otro dique que la convencion de los contratantes, y por consiguiente que es legítimo y valedero todo cuanto ellos espontáneamente determinen.

Si la ley hubiera querido dar cabida á la lesion, habria redactado el artículo 8.° de otro modo, y en vez de decir que al principio de cada año fijaria el Gobierno el interés que debia pagar el deudor constituido en mora cuando no se hubiese pactado con anterioridad, estableceria, por el contrario, una regla general y absoluta para apreciar los daños que por este contrato se podian originar. Es decir que á la tasa inmóbil del Fuero Juzgo y Fuero Real habria sustituido otra de una escala móvil anual.

La definicion del interés que dá el art. 3.° corrobora aun mas la opinion que sustentamos, puesto que en el mero hecho de decir que aquel es *toda prestacion pactada en favor de un acreedor*, ha destruido por completo el *logro* ó las *usuras* de nuestros antiguos Códigos, y considerado legítimo todo rédito que haya sido convenido por los contratantes.

La lesion además de ser contraria á la libre evolucion económica de los cambios, es muy difícil de justificar, porque el contrato de préstamo depende de circunstancias anómalas y variables, de que las mas de las veces solo tienen noticia los contratantes; así es que en muchas ocasiones y por circunstancias particulares conviene tomar al doce, lo que en épocas muy ordinarias no se querria al seis; otras se dá al veinte porque se abandona una negociacion segura que el tomador tiene que indemnizar, y otras en fin se hace pagar el riesgo que se sufre con entregarlo á una persona sin garantía.

En el préstamo, pues, no puede haber esa fijeza de los demás contratos, y el de de esta clase que parezca mas inmoral atendiendo al precio ordinario puede ser el de mas utilidad para aquel á quien se crea dañoso, y si se le permitiese despues la reclamacion de reduccion del interés por haber sido perjudicado, seria dejar en sus manos un arma de dos filos de que podia hacer uso segun las circunstancias.

El objeto de los legisladores de 1856 fué herir de muerte á la

usura facilitando la concurrencia y la libertad del cambio, y esto no se consigue permitiendo en el contrato de préstamo la reduccion del interés por lesion ó por otra causa análoga, porque entonces es lo mismo que sustituir á la *tasa de derecho* otra de *hecho* mucho mas perjudicial é insegura, por lo mismo que no puede ser tan uniforme como aquella.

Autorícese la reduccion del interés y la obra de los legisladores de 1856 está destruida.

**Telesforo Gomez Rodriguez.**

# ENJUICIAMIENTO CIVIL.

## DEL NOMBRAMIENTO DE CURADOR EJEMPLAR.

### CONSULTA.

*Recibida la justificacion que exige el art. 1244 de la ley de Enjuiciamiento civil, y hecho el nombramiento de curador ejemplar, ¿puede el declarado incapacitado, presentar contra-justificacion para probar su capacidad? En caso afirmativo ¿qué tramitacion deberá darse á estas nuevas actuaciones?*

Conforme con la contestacion dada á la consulta 16, página 318 del tomo 8.° de la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, creo que el nombramiento de curador ejemplar debe pretenderse, no en juicio civil ordinario, como algunos opinan, sino por la vía voluntaria. Terminante está la seccion 3.ª del título 3.° de la parte 2.ª, en la cual se fija la tramitacion que debe darse á estos nombramientos; mas como en ella nada se dice respecto al caso que se consulta y puede suceder muy fácilmente, que personas muy capaces se vean privadas de tan importantísimos derechos, por consecuencia de una justificacion hecha á sus espaldas, no encuentro razon para que se les prive la intervencion en un acto de tanta importancia, y creo que en el silencio de la ley, no puede dárseles otra que la de admitirles una contra-justificacion á la dada para su declaracion de incapacidad, la cual deberá sustanciarse en la misma vía voluntaria. Obrar de otra manera, seria esponerse á los abusos que la ley pa-

rece que quiere precaver con la justificacion que exige en su artículo 1244 ya citado, y privar á una persona contra su voluntad, y sin ser oida, de infinidad de derechos de suma trascendencia. Me limito á estas ligeras observaciones, por creer que son lo bastante para que los Directores de la REVISTA puedan emitir su autorizada opinion, la cual deseo ver consignada en las páginas de la REVISTA.

*Contestacion.*

No puede dudarse, á nuestro entender, que á la persona, cuya incapacidad se solicita, deben admitírsele las justificaciones que sean conducentes para demostrar su capacidad. Esta es la única inteligencia que debe darse al artículo 1244 de la Ley de Enjuiciamiento civil. No se contenta este con pedir que se haga una informacion prévia al nombramiento de curador ejemplar: exige que á este acto preceda *justificacion cumplida de la incapacidad.* Las informaciones de testigos por sí no son suficientes: es indispensable que el Juzgado adopte todos los demás medios que su esperiencia y su conciencia le aconsejen para enterarse á fondo del estado de la persona de cuya integridad intelectual se dude. Los reconocimientos de facultativos, la observacion, el exámen minucioso de los actos que hagan conocer le incapacidad, la acumulacion de cuanto puede conducir al esclarecimiento de la verdad, todo debe emplearse para venir en *cumplido* conocimiento del verdadero estado de la cuestion objeto del espediente. A este propósito, uno de los Directores de la REVISTA dice en los *Motivos de la ley de Enjuiciamiento civil*: «Es necesario »precaver los abusos que pueden cometerse á la sombra de esta pro»teccion indispensable. La esperiencia desgraciadamente ha presen»tado repetidos ejemplares de personas como dementes, estando en »el pleno goce de su razon: no se podia dejar de poner coto al ódio, »á la avaricia y á otras pasiones mezquinas, impidiendo que por sor»presa arrancaran á los jueces una declaracion que, comenzando »por privar al hombre de su libertad natural, le arrebatara la admi»nistracion de los bienes, y por la desesperacion lo llevara verdade»ramente á la demencia. Por esto, ajustándose la Comision á lo que se »hacia siempre que judicialmente se proveia de curador á los inca»pacitados, propuso que precediera justificacion *cumplida* de la »incapacidad.» Esto supuesto ¿con qué derecho podrian escluirse las pruebas que ofrece la persona de cuya integridad intelectual se

dude, ó que tal vez sin que haya justos motivos de duda se promueve esta por quien tiene un interés en que se declare sin escrupulizar en la eleccion de los medios para el logro do su intento? ¿Con qué derecho habia el espediente de dar cabida á lo que condujese á la declaracion de incapacidad y escluir al propio tiempo lo que demostrara la capacidad?

Pero además de estas razones generales y derivadas de la misma naturaleza de las cosas deben tenerse en cuenta consideraciones especiales á esta clase de curadoría. El hecho que en él se trata de poner en claro es complejo y de delicadísima apreciacion en algunos casos; no sucede lo que en la tutela y curadoría de los menores en que la causa que dá lugar á ellas es sencilla, la menor edad hecho fácil casi siempre de demostrar, y que no suele ser contradicho. Trátase además de una persona que está en el pleno goce de sus derechos civiles, á quien se pretende privar del ejercicio directo de ellos, de sujetar su persona á una autoridad inmediata, de coartar, ó tal vez privarle del todo de la libertad, de ponerle una interdiccion en el manejo de sus bienes, de incapacitarla para muchos actos de la vida civil, entre otros, el de la celebracion del matrimonio, de la direccion de su familia y de la facultad de testar, y de contreer, de privarle del ejercicio de algunos y muy importantes derechos políticos, de defenderse en juicio, y de considerarla inhabilitada hasta de poder participar de algunas gracias espirituales como de los Sacramentos de la Eucaristía, Orden y matrimonio. No deben ser atropellados tantos derechos ligeramente; no debe imponerse sobre una frente la nota de incapacidad sin estar bien demostrada; no se debe hacer al mayor de edad de peor condicion que al menor sin que se apure todo lo que conduzca al esclarecimiento del verdadero estado de la persona, cuyos derechos tanto se van á cercenar, cuya opinion tanto se vá á rebajar, cuyos intereses tanto pueden padecer. La ley, pues, no solo admite, sino que hace necesario examinar todos los medios de justificacion que ofrezca la persona acerca de cuyas facultades intelectuales esté abierta la investigacion.

Pasamos aun mas adelante en esta cuestion: creemos que siempre que se trate de la curadoría ejemplar de una persona que no aparezca con claridad incapacitada intelectualmente, y mas cuando haya oposicion por parte de él, lo que antes era acto de jurisdiccion voluntaria pasa á tomar el carácter de juicio contencioso. Lo contrario sería privar á una persona que tiene de derecho la presuncion

de ser capaz del ejercicio activo de sus derechos sin oirla; seria dar contra ella un auto desaforado que las leyes no autorizan. A esto no se opone la Ley de Enjuiciamiento civil: antes bien está muy conforme con todo su espíritu, y con los principios en que se funda en cuanto á la jurisdiccion voluntaria y contenciosa se refiere.

**Los Directores de la Revista.**

---

## DE LOS ALIMENTOS PROVISIONALES.

### CONSULTA.

*Cuando una mujer casada exige de su marido alimentos provisionales, ¿tendrá necesidad de acompañar á su solicitud certificado de haber sido incoada y admitida la demanda de divorcio, ó deberán decretarse por el Juez sin que aparezca semejante requisito?*

Parécenos conveniente y oportuno prevenir el ánimo de los lectores, asentando desde luego y con lisura que, en nuestra opinion, no es de necesidad aquel requisito, y que nos estimula á ocuparnos en la dilucidacion de esta materia la circunstancia de haberse negado, en negocio que corria bajo nuestra direccion, la concesion de alimentos provisionales, mientras no viniera al espediente certificacion de aquellos dos estremos, á saber, de haberse incoado la demanda de divorcio, y de haber sido admitida.

No creemos que puedan existir muchas opiniones en el sentido de que el decreto de alimentos provisionales pueda aplazarse hasta el momento de ser admitida la demanda de divorcio. La razon es clara: siempre media un largo espacio de tiempo, atendida la forma eclesiástica de enjuiciar entre la incoacion y admision de la demanda, aun dado caso de que los hechos de la informacion, que siempre la ha de preceder, se den por bastantes y justificados, alargándose mucho mas ese espacio cuando la informacion ha de ser ampliada á escitacion del Ministerio fiscal, ó porque de todos modos lo haya así estimado de necesidad el que juzga. Y como quiera que la cuestion alimenticia sea por su naturaleza urgente, como lo son por regla general, y casi sin escepcion, todos los asuntos que forman el objeto de la jurisdiccion voluntaria, venimos á parar, segun nuestras convicciones, en que nunca debe ser de necesidad la certificacion de haber sido admitida la demanda para la concesion de alimentos

provisionales, por la calidad que tienen de naturales y por la premura que ha establecido la ley de Enjuiciamiento en todas las disposiciones que les conciernen.

Mas apariencia de razon presenta la opinion que para la concesion de alimentos provisionales supone la necesidad del certificado de haber sido incoada simplemente la demanda; pero aun á pesar de esa apariencia, creemos que semejante obligacion en el que solicita los alimentos está fuera de la ley. Fundámonos para ello en que el marido debe siempre á la mujer los alimentos, ya vivan unidos, ya se hallen separados, inclinándose de consiguiente la presuncion legal hácia el lado de que esos alimentos provisionales se exigen con derecho.

Puédese, sin embargo, prescindir de semejante presuncion, puesto que la ley se ha dado en beneficio, no de los que exigen con derecho, sino de los que tengan derecho á exigir los alimentos (artículo 1210): frases que significan conceptos muy diferentes en nuestro sentir. Y con efecto: exigir con derecho, es lo mismo que justificar cumplidamente la accion alimenticia, el hecho sobre que descansa la obligacion de prestar alimentos; tener derecho á exigir, es lo mismo que acreditar la calidad simple, la personalidad del peticionario, del que se apellida marido, mujer, padre, hijo, hermano, etc.

Tenemos por muy meditada la ley y no creemos por lo mismo que se haya espresado al acaso, aceptando con indiferencia y confundiendo en uno tan diferentes conceptos. Prueba de esa meditacion, razon ineludible de que la ley ha espresado su intencion y que ha querido atribuir á sus palabras el sentido que les damos y no otro, es que despues en el art. 1218, ha ordenado que en estos espedientes (los de alimentos provisionales precisamente) no se permita ninguna discusion ni sobre el derecho á percibir los alimentos, ni sobre su entidad; de donde deducimos la consecuencia eminentemente lógica de que al marcar el artículo 1210 de la ley de Enjuiciamiento los requisitos para decretar alimentos provisionales, y por lo tanto para pedirlos, ha querido referirse simplemente á la persona del peticionario y no á la razon de pedir. De otro modo resultaría una contradiccion palpitante entre ese artículo y el 1218 antes mencionado.

Supóngase sino que tener derecho á exigir, que es en lo que consiste la letra actual de la ley, es lo mismo idénticamente que

pedir con derecho. ¿Cuál será el resultado? Que habrá una necesidad inevitable de acreditar ese derecho, que sin que ese mismo derecho se justifique cumplidamente el juez nada podrá decretar: y de una en otra induccion vendrémos á parar, en la generalidad de los casos, á la necesidad de la discusion como único medio de acreditar el derecho con que se pide.

Quizá se replique que la nueva presentacion de los títulos basta al efecto, aunque no sean eficaces: pero en esta suposicion, la presentacion se confunde con la alegacion simple, que es la que nosotros queremos con la calidad de la persona y no mas, dejando para el juicio abierta la discusion de la verdad ó falsedad de esas mismas alegaciones. Pretender que la simple manifestacion del derecho basta, es hacer á la ley contradictoria consigo misma, queriendo y no queriendo á la vez.

Concretando, pues, el concepto legal al único sentido en que puede y debe tomarse, veamos ahora qué requisitos exige para que sean decretados los alimentos provisionales, el art. 1210 de la ley de Enjuiciamiento. Que se pidan por escrito es el primero de esos requisitos, dentro de cuyo precepto hallamos ya una nueva razon para esplicar la inteligencia de la letra y la razon de la ley, atendida la sencillez de esta clase de negocios. Nada en efecto mas sencillo que la primera fórmula, pedir por escrito: al ordenar esto la ley solo exige á nuestro parecer algo mas que la reclamacion verbal, pero no que se funde la peticion, cosa ajena por cierto á unas diligencias que la ley apellida espediente, y no mas. Que se acredite cumplidamente el título en cuya virtud se pidan los alimentos, es el segundo requisito que la ley exige, para que esos alimentos se decreten; en esto creerán algunos ver con claridad la necesidad de la certificacion de haberse intentado el divorcio, opinando que no de otro modo se satisface al terminante precepto legal que exige la justificacion cumplida del título de pedir. Nosotros, por el contrario, encontramos motivos para opinar de distinto modo en el advervio *cumplidamente* que usa la ley, deduciendo de él mismo, que el título á que se refiere, es precisamente el de la calidad de la persona. Y á la verdad: si el título se ha de justificar cumplidamente, ó ese título se ha de referir al fundamento del derecho, ó ese fundamento requiere la mayor parte de las veces séria indagacion: si la discusion no se admite aquí, y si por fin, sin la discusion no puede venir la justificacion cumplida que la ley ordena, es muy claro que el título

de que habla el art. 1210 que analizamos, se refiere precisamente á la mera personalidad del peticionario.

De otro modo la ley se hubiera espresado á nuestro entender de manera muy diferente, pues que hasta la misma voz *título* usada simplemente en su propia y verdadera inteligencia, no significa otra cosa que una señal esterior por la cual se viene en conocimiento de lo que en el interior acontece.

El tercer requisito de los apetecidos por la ley para decretar alimentos provisionales, ninguna relacion guarda con el punto que estamos analizando; basta por lo mismo anunciar que requiere la justificacion aproximada del caudal del que debe dar los alimentos, para deducir una vez mas de todos estos requisitos en conjunto, que pues nada hay en ellos que esprese de una manera terminante la necesidad de justificar mas de lo que sostenemos, y que de todo el lenguaje legal se infiere la sencillez y premura en la sustanciacion de estas solicitudes, y el peticionario habrá cumplido con pedir por escrito, acreditando la simple calidad de su persona, y con aproximacion el caudal de aquel de quien reclame los alimentos provisionales.

Todo el contesto de la ley de Enjuiciamiento en la parte referente á la jurisdiccion voluntaria, y especialmente en lo que concierne á los alimentos provisionales, está demostrando la perentoriedad con que desea que se proceda en asunto tan urgente de suyo, razon tambien en que nos fundamos para creer, como creemos, que la mujer en nuestro caso no viene obligada á presentar certificacion alguna que se refiera á la incoacion del divorcio, y mucho menos de que su demanda haya sido admitida, debiendo por consiguiente los Tribunales decretar los alimentos provisionales, una vez averiguada la calidad de la persona, y cuando esta figure entre aquellas á quienes la ley otorga el derecho á exigirlos, no pudiéndose en caso alguno esperar á la admision de las demandas de divorcio para acordar la concesion de que estamos tratando.

Una vez mas consignamos aquí, que solo deseamos que otras personas mas autorizadas examinen esta cuestion, contribuyendo así á uniformar la jurisprudencia vacilante y disconforme en el estremo que hemos analizado.—MANUEL BRUALLA.

*Contestacion.*

Sin creernos mas autorizados que el ilustrado suscritor que ha

emitido el dictámen que antecede, vamos á manifestar nuestra opinion respecto á la cuestion que en él se examina. Aunque no dejamos de estar conformes con algunas de las apreciaciones que se esponen, no lo estamos en el modo de resolver la consulta. Trátase en ella de una mujer casada, que ó ha entablado ó piensa entablar demanda de divorcio, y de examinar si es necesario, para que el Juez mande darle los alimentos provisionales que solicita, que se acredite haberse ya incoado y admitido la demanda de divorcio. A este caso, pues, y no á ningun otro de aquellos en que la mujer casada puede pedir alimentos, se refiere la consulta.

Esto supuesto, no nos parece que la cuestion está tan bien planteada como es conveniente para su mas acertada resolucion. Nos esplicarémos.

Obligacion es sin duda del marido, como jefe de la familia, sostener á su mujer con las condiciones de decencia y bienestar que correspondan á su clase, fortuna y circunstancias. Esto no puede ser puesto en duda, pero tampoco lo puede ser que, mientras viven los cónyuges *de consuno*, esta obligacion se limita á la manutencion de la mujer en la casa marital. Para estar obligado el marido á dar á la mujer los alimentos fuera del hogar de la familia, necesario es que haya una causa que autorice á esta á vivir fuera de él, ó al menos separada de su jefe. La cuestion, pues, de alimentos, no depende de la de haber intentado ó de haberse admitido ó no la demanda de divorcio que la mujer casada se cree en el caso de promover, sino de su continuacion ó de su salida de la casa del marido. Si continúa en la casa del marido, caso no muy frecuente, pero que no deja á veces de presentarse, no tendrá la mujer derecho á pedir alimentos provisionales, pero sí á ser mantenida por el marido en la forma que antes queda indicada. Si ya no continúa en la casa del marido, sino que está fuera de ella legalmente, único supuesto que admitimos, por haber pedido y obtenido el depósito, aunque sea provisional en los términos que al efecto establece la ley de Enjuiciamiento civil, entonces tiene indudablemente derecho á que se le señalen alimentos, y para conseguirlo basta que haga constar la circunstancia de estar depositada por auto judicial. En este caso el testimonio de la providencia judicial, decretando el depósito, será el título que para el señalamiento de alimentos se requiere con arreglo al art. 1210 de la espresada ley, y aun la presentacion de este título no será necesaria en los casos en que la mujer casada pretenda los alimentos ante

el mismo Juez que decretó el depósito, si bien la cuestion de alimentos con arreglo al art. 1294 de la ley en su segunda parte se sustanciará del modo establecido por regla general para toda clase de alimentos provisionales.

En resúmen, nuestra opinion es que la mujer casada, para pedir y obtener alimentos debe acreditar, cuando no consta ya en el Juzgado, que está depositada, aunque solo sea provisionalmente; que no es necesario por lo tanto que haya entablado la demanda de divorcio, y menos que esta le haya sido admitida, porque segun el art. 1277 de la ley referida, basta que la mujer se proponga intentar la demanda para que el Juez pueda decretar su depósito provisional, depósito que es necesario ratificar en tiempo para que la mujer no sea restituida á la morada de su marido, en la inteligencia, que si llega este caso, cesarán los alimentos que se le hayan señalado. De este modo entendemos la ley de Enjuiciamiento, y no creemos que haya contradiccion en las disposiciones que á este punto se refieren.

**Los Directores de la Revista.**

## DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.

### CONSULTA.

*¿Procede el interdicto de obra nueva, cuando se ha causado perjuicio á un vecino, agujereándole hasta el interior de sus habitaciones la pared de su casa, con ocasion de obras ejecutadas en otra su contigua, subiendo, bajando ó variando los pisos, ó haciendo otras obras interiores?*

La ley 1.ª, tít. 32, Partida 3.ª al definir lo que es obra nueva, se espresa en los términos siguientes: *labor nueva es toda obra que sea fecha é ayuntada por cimiento nuevamente en suelo de tierra, ó que sea comenzada de nuevo sobre cimiento ó muro, ú otro edificio antiguo, por la cual labor se muda la forma é la facion de como ante estaba*: si atendemos única y esclusivamente al sentido sencillo y material de las palabras parece que significan que no hay labor nueva donde no se muda la forma é la facion, ó lo que es igual, segun algunos la entienden, donde no se modifica ó varia la fachada ó forma esterior de la casa ó cosa que se reedifica, mejora ó muda haciendo obra.

No es fácil que la ley quisiera señalar con sus dos palabras *forma é la facion* un mismo concepto, como no es tampoco seguro ni justo que fuera la intencion del legislador, ni el espíritu y razon de la ley que nos ocupa y demás que forman el mismo título, hacer depender precisamente de la variacion de la fachada esterior, y paredes que se ven, la procedencia del interdicto de obra nueva.

Por el contrario, suponemos mas probable que el Rey Sábio al usar de las palabras referidas, quisiera comprender dos pensamientos completamente distintos; quisiera manifestar que el interdicto procedia, tanto quitando, añadiendo ó mudando en la forma é la facion esterior, como haciendo obras interiormente, con las cuales obras se varían aquellas, no ya esteriormente, sino por dentro, trastornando, subiendo ó bajando pisos, ó haciendo otras operaciones ó mudanzas de importancia, estension é interés en el centro de la casa ó en las paredes contiguas á la ajena, siempre de mas trascendencia y mas ocasionadas á dañar que las hechas esteriormente.

Debiamos hacernos cargo y estudiar la clase de pared agujereada, pues sabido es que segun sea esta, así tambien tienen mas ó menos derecho los dueños de ella para hacer obra; pero para resolver la cuestion que sometemos al superior é ilustrado juicio de VV., casi nos es indiferente que la pared sea independiente, libre, ó de uno solo, que en ella se tenga servidumbre, ó que sea medianera ó comun. En ningun caso damos á uno solo la libertad de obrar absoluta é inconsideradamente perjudicando al otro ó á su propiedad; en ninguno creemos, como algunos, que cumple la obligacion el que daña sin mas que volver las cosas á su primitivo estado, tapando el agujero hecho, ó componiendo lo que descompuso.

Siendo medianera, esta palabra indica las atribuciones y facultades que en ella tienen los dueños, pero de ningun modo podemos estenderlas hasta perjudicar la propiedad ó los derechos del uno con obras hechas por el otro: la misma espresion (comun ó medianera), parece que marca los límites de cada uno de los dueños, no obstante de ser indivisible el dominio que en ella tuvieran, pues sirviendo una pared para dos casas y constituyendo parte de ambas, con su posicion, viene á señalar lo que á cada uno corresponde, esto es, mitad partiendo del centro hasta una de las casas de un dueño, mitad desde igual punto hasta la otra del otro dueño. Estendidas á mas las respectivas facultades, y dando al que obra libertad para hacerlo sin reparo, ni inconveniente, y sin embargo de perjudicar al otro la ree-

dificacion, por ejemplo, de una casa, lleva consigo la reedificacion ó reposicion á la fuerza y en parte, de las paredes de la del vecino condueño. Atacado así el sagrado derecho de propiedad con un hecho que daña y molesta, y mermados y hasta usurpados derechos reales, es el resultado de aquella libertad y teoría, no quedar mas recurso que sufrir las consecuencias de una obra.

Si la pared está sujeta á servidumbre, no puede negarse que aquel en cuyo favor se halla constituida, tiene derecho á usarla y disfrutarla libremente, tal cual está; pero supongamos que dicha carga ó servidumbre consista en fijar en pared ajena los pisos de casa contigua ó vecina; demos por seguro que estos se varían levantando donde es dudoso saber si grava mas al que la sufre; ¿tiene esto restricciones? ¿puede mudarse la servidumbre á capricho ó por utilidad del que la goza?

Cuando fuere la pared de uno solo, comprendido está: obra en ella como quiere: mas si con motivo de los trabajos ú obras perjudica y agujerea la del vecino, juzgamos estará en su lugar el dañado denunciándola y pidiendo la suspension.

Los Romanos en la denuncia de nueva obra (*nunciatio novi operis*) no dan su definicion, y la conceden á todo el que se cree perjudicado, ya por un hecho, ya por daños sufridos en su propiedad, ó ya por haberse menoscabado algun otro derecho real; con razon ó sin ella pedian la suspension de los trabajos, y el pretor decretaba inmediatamente y como tenia ordenado. Verdad es que sus decretos ó disposiciones prohibian edificar, no guardando cierta distancia, siendo por lo tanto desconocida para ellos la servidumbre de medianería. Nuestras leyes nada dicen respecto á la misma, y este vacío dá lugar á muchos pleitos y disturbios.

No se nos oculta que los interdictos deben tener interpretacion restrictiva; pero tampoco podemos olvidar que introducidos con el fin de protejer la seguridad amenazada de las personas, de sus cosas, derechos y el órden público, y con el de evitar, precaver y suspender un hecho que nos perjudica, mal podrá cumplirse aquel, si solo damos á la ley la estension y aplicacion que combatimos.

Nada mas fácil que burlar su vigilancia y garantía, nada mas sencillo que molestar, vejar y perjudicar con obras nuevas, si solo puede interponerse el interdicto cuando fuere mudada la forma é la facion esterior. Casi vendria á ser inútil este recurso sumarísimo, con solo cuidar los dueños de obras nuevas de no dañar al hacer las

paredes que se ven, ó perjudicar sin tocarlas, trabajando interiormente; hecho esto, seguros estarian de que sus obras no se suspenderian. Cierto es que hay otros remedios para conseguir justicia, y que podria entablarse otra accion para lograr la vindicacion de derechos menoscabados, ó de la propiedad desmembrada; mas no es menos cierto que estos remedios, muchas veces, sino todas, serian insuficientes, principalmente cuando con la no suspension el mal continuaría, el perjuicio seria cada vez mayor, y la esposicion de las personas, de su propiedad, y quizá del órden público mas grande é irremediable. El no prohibirse por las leyes del mismo título y Partida, y especialmente por la última, como lo hace con las que designa, intentar el referido interdicto cuando se hacen obras en lo interior de las casas, ya en sus paredes, ya en sus pisos ó forma viene en apoyo de la interpretacion que damos. Hay mas, si forma, significa lo mismo que facion, ó lo que es igual, hechura, rostro ó cara esterior, tenemos en la ley redundancia.

Sin embargo de las palabras de la ley, que están en contra de nuestra opinion, nos hemos aventurado á indicar nuestro parecer, por el deseo de dar ocasion á saber el ilustrado de los Directores de la REVISTA.—I. Z.

*Contestacion.*

Hasta que punto las leyes de Partidas siguieron á las romanas al definir la *obra nueva*, se comprende con solo leer las palabras copiadas de la 1.ª del título XXXII de la Partida III, y compararlas con las que tomadas del jurisconsulto Ulpiano, están escritas en los párrafos 11 y 12 de la ley 1.ª, del título 1.º, del libro XXXIX del Digesto. Dice el §. 11 *Opus novum facere videtur, qui aut ædificando aut detrahendo aliquid, pristinam faciem operis mutat*, y el 12: *Hoc autem Edictum non omnia opera complectitur: sed ea sola, quæ solo conjuncta sunt, quorum ædificatio vel demolitio videtur opus novum continere.* A pesar pues de la semejanza de la definicion, á pesar de usar la ley romana de la palabra *facies*, que parece indicar el aspecto esterior del edificio, y que la ley de Partida tradujo con la de *facion*, vemos que poco despues en la ley 5.ª del mismo título del Digesto, §. 9, se copia otro testo del mismo Ulpiano tomado como el anterior de su libro 52 *ad Edictum*, en que alabando y adoptando la triple division que hizo Sesto Pecio, de las causas de la denuncia de obra nueva en natural, pública é impositicia dice que la causa natural es

cuando se introduce alguna cosa en nuestra casa, ó se edifica en cosa nuestra, *cum in nostras ædes quid inmititur, aut ædificatur in nostro:* No puede pues dudarse que segun el derecho romano, la denuncia de obra nueva tenia lugar en el caso de la cuestion propuesta, siempre que se taladrara una pared para introducir en ella alguna cosa, y por lo tanto con mayor motivo si solo tenia por objeto causar una vejacion que podia escusarse. Esto exactamente nos parece aplicable á nuestro derecho en que la palabra *facion* no puede significar mas el aspecto esterior del edificio ó de la obra que la de *facies* que adoptaron los Romanos al definir lo que por obra nueva debia comprenderse, porque bajo la denominacion *facies* en su sentido propio solo puede comprenderse por regla general la forma, el aspecto de la cosa, si bien es mucho mayor su alcance en sentido figurado, y bajo la denominacion antigua de *facion* se comprende toda hechura, bien fuera esterior ó interior. No nos parece por lo tanto que la interpretacion de la palabra *facion*, tal como se hace, pueda ser causa de que la ley no se entienda del modo que la comprende nuestro ilustrado suscritor. Esta es la doctrina general. Pasemos á la de la pared medianera.

Aunque la opinion general es que los Romanos no conocieron las medianerías ó paredes medianeras y que solo admitieron por pactos ó últimas voluntades la comunion de paredes, no nos parece tan exacta esta asercion. La ley 8, del tít. II del lib. VIII del Digesto copia un fracmento de Gayo *ad Edictum provinciale,* en que se habla de la pared que es comun por razon natural, *parietem qui naturali ratione communis est,* diciendo que ninguno de los dueños tiene el derecho de repararla ni de demolerla, porque no es el único dueño de ella, lo que segun muchos jurisconsultos debe entenderse del caso en que la reparacion no sea necesaria: á esta pared se le denominaba *paries intergerinus* ó *intergerivus* como puede demostrarse en la primera denominacion con la autoridad de Vitruvio, y en la segunda con la de Plinio. La ley 4 del tít. III del lib. XXXIII del mismo Digesto trata de la pared intermedia entre dos casas, *medius paries qui utrasque ædes distinguat.* Baste esto para emitir nuestra opinion en una materia en que somos de los que están en minoría. Mas dejando aparte esta cuestion que mas tiene un carácter histórico que actual, hagámonos cargo del derecho del condueño de la pared medianera para hacer obras en ella. A nuestro modo de entender, en el silencio de las leyes debe estarse á las costumbres locales, y con

arreglo á ellas estenderse ó disminuir los derechos de los dueños medianeros: en esta clase de servidumbres no puede menos de estarse á las ordenanzas locales y á las prácticas del punto en que está sita la finca, á las que es de suponer que todos han querido someterse mientras espresamente no hayan pactado lo contrario, creándose así una especie de presuncion de ley para esplicar los derechos respectivos. A falta de disposiciones municipales hay ciertas reglas de equidad general que arreglan los derechos de los dueños medianeros: limitándonos al caso actual, diremos que el co-propietario de una pared medianera, no puede á nuestro entender usar de ella mas que en proporcion á la parte de su dominio, y por lo tanto solo cargar ó introducir vigas hasta la mitad del espesor, con tal que no impida el uso respectivo de los demás medianeros; que para usar de este derecho debe ponerse antes de acuerdo, con los co-propietarios de la pared, y que si no hay este acuerdo ha de acudir á la autoridad judicial para que se pongan en armonía los derechos de todos: que si se desentiende de estas reglas, si contra la voluntad del medianero abre agujeros en la casa, habrá lugar al interdicto. Notable es acerca de este particular un fracmento de Papiniano (ley 28 del tít. III del lib. X del Dig.) en que con relacion al jurisconsulto Sabino dice: *In re communi nemimen dominorum jure facere quidquam, invito altero posse: Unde manifestum est prohibendi jus esse*: y despues de espresar la ley que la causa de esto es que en igualdad de circunstancias es mejor la condicion del que prohibe, establece con elegante concision cuatro casos, á saber; el en que el comunero se oponga á la obra, el en que la tolere callando, el en que la consienta y el en que la ignore: en el primero habrá lugar á la destruccion de lo edificado; en el segundo podrá el perjudicado reclamar daños é intereses por la accion *communi dividundo*: en el tercero no hay accion alguna: en el cuarto hay que demoler todo lo que perjudique al condueño. En defecto, pues, de leyes generales, de ordenanzas locales y de derecho consuetudinario, nos parece que estos principios que son de equidad y justicia generalmente reconocida pueden servir de regla á los juzgadores.

**Los Directores de la Revista.**

# DERECHO ADMINISTRATIVO.

## DE LA ESPROPIACION POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA.

### CONSULTA.

*¿El que por causa de utilidad pública ha sido espropiado de una finca, tiene derecho para recobrarla en el caso de que la obra proyectada causa de la espropiacion no se ejecute?*

### DICTÁMEN.

Consideramos la cuestion que se propone, sola y esclusivamente en el supuesto de que la espropiacion se haya hecho en defecto de avenencia de los particulares, en los términos que la ley de 17 de julio de 1836 tiene establecidos. En este supuesto creemos resuelta la pregunta en el art. 9.° de la ley: segun él, en el caso de no ejecutarse la obra, si el Gobierno ó el empresario resuelven deshacerse del todo ó parte de la finca cedida, el dueño antiguo será preferido, en igualdad de precio, á cualquier otro comprador. De aquí se infiere:

1.° Que no tiene el antiguo dueño derecho para recobrar el terreno, mientras éste no se enajene de nuevo por el adquirente.

2.° Que el adquirente, ya sea el Estado, ya un empresario, pueden conservar la finca indefinidamente sin ser compelidos á percibir en su lugar el precio por que la compraron.

3.° Que el antiguo dueño solo tiene un derecho de tanteo.

4.° Que en el caso de usar éste del derecho que la ley le confiere, tiene que sujetarse al nuevo precio que se dé por la cosa, no al que él recibió; y esto aunque sea moderna la espropiacion.

**Los Directores de la Revista.**

## SECCION DOCTRINAL.

# OBSERVACIONES

SOBRE EL

# RECURSO DE CASACION EN ESPAÑA.

## I.

### Razon de estas observaciones.

Empezábamos á escribir, para los COMENTARIOS que estamos publicando á la LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, el del título 21, que trata *de los recursos de casacion*, cuando vió la luz pública el importante y erudito dictámen del Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, Sr. Seijas Lozano, emitido en el espediente consultivo, formado en dicho Tribunal, con motivo del progresivo recargo en asuntos de casacion. En vista de este conocimudo escrito, y del erudito tambien é importante, que pocos meses antes habia publicado sobre el mismo asunto, bajo el título de «*Exámen del recurso de Casacion en España*,» el Sr. Marqués de Gerona, Presidente, que ha sido, de la Sala primera del propio Tribunal, nos creimos en el deber de hacer un trabajo mas detenido sobre esta parte de nuestra obra, aunque nos estralimitásemos algun tanto de su principal objeto. El concretarnos á lo puramente práctico, ó sea á la simple esposicion de las disposiciones relativas á dicho recurso, hubiera sido, en las actuales circunstancias, de escasa utilidad para nuestros lectores.

Y con efecto, era de notar que, aunque dichos dos escritos difieren en puntos esenciales, están conformes en uno muy capital, cual es, la necesidad de que se reforme el título 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil para que sea practicable la casacion en España. Es muy atendible esta opinion unánime de jurisconsultos tan distinguidos y competentes, por cuanto á su notoria ilustracion reunen los conocimientos prácticos que han adquirido, como Fiscal el uno, y Presidente de la Sala primera el otro, del Tribunal Supremo de Justicia.

Por otra parte, el retraso y progresivo recargo, que se viene es-

perimentando en el despacho de los recursos de casacion en el fondo, por no poder dicha Sala primera, única competente para conocer de ellos, dar vado á todos los que se interponen, es ya un hecho que ha llamado altamente la atencion del Tribunal Supremo, y con razon llama tambien la de las personas que se dedican al foro, y principalmente la de quien tiene el deber de examinar si es real y efectivo el mal que se lamenta, para aplicarle el oportuno remedio.

Siendo, pues, de actualidad, y tan importante esta materia, hubiéramos faltado á un deber, que creemos indeclinable en el que escribe para el público, habiendo prescindido de su exámen, y de emitir nuestra opinion, aunque poco autorizada, sobre las principales cuestiones que con tal motivo se suscitan, y sobre las reformas que acaso deban introducirse en dicha Ley. Al verificarlo, no lo hemos hecho con la presuncion del acierto; pero sí con lealtad y conciencia. No será estéril nuestro trabajo, si personas mas competentes, llamadas á estudiar esta materia, encuentran en él alguna idea útil, ó digna de tomarse en consideracion.

La misma razon que tuvimos para dar la estension antedicha á nuestros Comentarios sobre la casacion, nos ha decidido á publicar la parte mas principal de ellos en las columnas de la Revista de Legislacion y Jurisprudencia, en las que vieron tambien la luz pública los dos importantes escritos antes mencionados (1). Reproducirémos, pues, en estas Observaciones lo que allí hemos dicho acerca de las bases, bajo las cuales ha sido constituida la casacion; causas del progresivo aumento y recargo que se esperimenta en cuanto á los recursos en el fondo; medios de evitar este mal, y reformas que, en nuestro concepto, merecen algunos artículos del título 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Y siendo, como es, este trabajo, segun acabamos de indicar, una reproduccion literal de lo que hemos escrito para dicha obra, nos ha parecido conveniente no alterar el órden que en ella hemos seguido, que es el que exigia la misma Ley, en la esposicion de los puntos indicados, y hacer, en los epígrafes de cada párrafo, las oportunas referencias á la misma. Advertimos esto, por si, atendida la índole de este escrito, se echase de ver algun defecto en su forma; ó impropiedad en el método.

(1) Véase el del Sr. Marqués de Gerona en las págs. 345 y siguientes del tomo XIII de la Revista, y el dictámen del Sr. Seijas Lozano en las 332 y siguientes del tomo XV.

## II.

**Ideas generales.—Objeto de la Casacion.—Su origen en España (1).**

Del verbo latino *casso, cassas, cassare,* que significa quebrantar, anular, y figuradamente abrogar ó derogar, se derivó el verbo castellano *casar,* usado solo en lo forense con iguales significaciones, y el nombre *casacion* que, segun el Diccionario de la Academia, es «la accion de anular y declarar por de ningun valor ó efecto algun instrumento.» No es esta, sin embargo, la significacion concreta que hoy se dá á dicha palabra: aplícase por la jurisprudencia universal, y aplícala tambien la nueva Ley, al acto y remedio supremo de dejar sin efecto las sentencias ejecutorias de los Tribunales superiores en que haya violacion, falsa interpretacion ó mala inteligencia de la ley.

De aquí se deduce que por *recurso de casacion* se entiende el remedio supremo y estraordinario que concede la ley contra las ejecutorias de los Tribunales Superiores, para enmendar el abuso, esceso ó agravio por ellas inferido, cuando han sido dictadas contra ley ó doctrina legal, ó con infraccion de los trámites y formas mas sustanciales del juicio. En el primer caso, esto es, cuando el recurso se funda en que la ejecutoria es contra ley ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, se ha convenido en llamarle recurso de casacion *en el fondo,* por que versa sobre el fondo de la ejecutoria, esto es, sobre si ha sido fallada conforme á la ley la cuestion debatida en el pleito; y *en la forma,* cuando se funda en defectos sustanciales del procedimiento, ó sea en la infraccion de las leyes que arreglan la forma del juicio.

Estos recursos son los mismos que hasta ahora se han denominado entre nosotros *recursos de nulidad*: en la nueva Ley se ha sustituido á esta palabra la de *casacion,* sin duda por considerarla mas concreta y técnica, y por ser de uso general en el foro de toda Europa. Lo creemos por tanto conveniente, y mas cuando ya se habia adoptado esta denominacion, para espresar igual recurso, en el Real decreto de 20 de junio de 1852 sobre procedimiento en los delitos de contrabando y defraudacion á la Hacienda pública, y

(1) Introduccion de nuestro coment. al tít. 21 de la Ley de Enjuic.

en la Real cédula de 30 de enero de 1855, relativa á la administracion de justicia en las provincias de Ultramar.

El establecimiento en España de este remedio estraordinario tiene su orígen en la Constitucion política de 1812, pues aunque las leyes de Partida y recopiladas hablan de la nulidad de las sentencias, es en sentido bien diferente de lo que hoy significa dicho remedio: véase, sino, entre otras, la ley 2.ª, tít. 18, lib. 11 de la Novísima Recopilacion, segun la cual no podia objetarse ni admitirse la nulidad de una sentencia en los casos en que no procedia contra ella el recurso de súplica. Y aunque tiene alguna semejanza con los antiguos recursos de *segunda suplicacion* y de *injusticia notoria*, por cuanto estos se admitian, como aquellos, contra los fallos ejecutorios de las Audiencias para ante el primer tribunal de la nacion, cual era entonces el Consejo de Castilla, el que reparaba la injusticia, ilegalidad ó agravio cometido en la ejecutoria; se diferencian, sin embargo, por su naturaleza y objeto. En estos recursos se entraba de lleno en el exámen de los autos, calificando las pruebas, apreciando los hechos, y decidiendo del derecho de las partes en aquel litigio, como se hace en una última instancia, sin otra trascendencia para el órden público: no así en los recursos de casacion, cuyo objeto es mas elevado y trascendental.

Y con efecto: la casacion es un remedio de interés general y de órden público. Su objeto, como dice un notable jurisconsulto español, es contener á todos los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley, é impedir toda falsa aplicacion de esta, y su errónea interpretacion, á la vez que uniformar la jurisprudencia; así es que ha sido introducida, mas bien por interés de la sociedad, que en beneficio de los litigantes.

Ya hemos dicho que trae su orígen de la Constitucion de 1812. Una de las atribuciones que el art. 261 de la misma conferia al Tribunal Supremo de Justicia, era la de conocer de los recursos de nulidad que se interpusieran contra las sentencias dadas en última instancia; pero solo *para el preciso efecto de reponer el proceso*, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de los magistrados que hubieren infrigido las leyes del procedimiento. La ley de 9 de octubre del mismo año desenvolvió el precepto constitucional, dando forma á estos recursos, y determinando el modo de interponerlos y sustanciarlos. Despues el Reglamento provisional de 1835, en su artículo 90, designó tambien entre las atribuciones del Tribu-

nal Supremo de Justicia la de «conocer de los recursos de nulidad, que segun lo que establezcan las leyes, se interpusieren de las sentencias ejecutorias dadas por las Audiencias.» En 13 de agosto de 1836 se restableció la Constitucion de 1812; pero no la ley de 9 de octubre; y en su lugar se publicó despues el Real decreto de 4 de noviembre de 1838, cuyas disposiciones sobre esta materia han regido hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento.

Esta Ley, reformando, ó mas bien derogando dicho decreto, ha establecido el recurso de casacion sobre bases mas aceptables y conformes á los adelantos de la ciencia jurídica. Pero ¿lo ha establecido en sus justos límites? ¿Ha determinado bien las condiciones intrínsecas y estrínsecas del recurso, para que sea lo que debe ser, segun la doctrina, y que corresponda á su objeto? Cuestiones son estas sumamente graves, y de las que por necesidad habrán de ocuparse desde luego los jurisconsultos competentes, y hasta el Gobierno de S. M.

## III.

### Aumento progresivo de los recursos en el fondo.—Datos estadísticos (1).

Hemos dicho que hasta el Gobierno de S. M. habrá de ocuparse de esta materia, porque la esperiencia ha venido á demostrar en el corto período de cuatro años, en que está rigiendo la nueva Ley, que la Sala primera del Tribunal Supremo, única que conoce de los recursos de casacion en el fondo, no puede dar vado á todos los que se interponen, y al Gobierno corresponde procurar el remedio de este mal.

En todo el año de 1856, en que principió á regir la nueva Ley, ingresaron en el Tribunal Supremo de Justicia, y se repartieron á sus Salas respectivas, 6 recursos de casacion, y 2 apelaciones por haberse denegado la admision del recurso: 72 recursos y 14 apelaciones en 1857: 130 recursos y 29 apelaciones en 1858; y 252 recursos y 34 apelaciones en todo el año de 1859: de modo que en los cuatro años componen un total de 460 recursos y 79 apelaciones, quedando además sin repartir, por no haber comparecido nin-

(1) De la misma introduc. al tít. 21

gana de las partes, 26 recursos y 4 apelaciones. Nótese el aumento progresivo que se viene esperimentando en cada año, y que aun debe continuar: compárense estos guarismos con los de 166 recursos de nulidad y 137 apelaciones, que ingresaron en el propio Tribunal Supremo en los diez y siete años que han mediado desde que se publicó el Real decreto de 4 de noviembre de 1838 hasta el 1.° de enero de 1856, en que ha empezado á regir la Ley de Enjuiciamiento, y se verá prácticamente cuanto se ha facilitado en ésta el acceso á la casacion.

De los totales antedichos han correspondido á la Sala 1.ª, con arreglo á los arts. 1015 y 1073 de la Ley, por tratarse de la casacion en el fondo, 417 recursos y 39 apelaciones; y á la Sala 2.ª, por versar sobre la forma, 43 recursos y 40 apelaciones. Esta notable y estraordinaria diferencia, y el no seguir el aumento de estos recursos en la misma proporcion que el de aquellos, tiene una esplicacion muy obvia y natural. La casacion sobre el fondo tiene una esfera indefinida, pues procede el recurso siempre que se cite como infringida en la ejecutoria una ley, ó una doctrina admitida por la jurisprudencia; al paso que la casacion en la forma está limitada taxativamente á las nueve causas espresadas en el art. 1013, siendo por lo tanto mas fácil que con los fallos del Tribunal Supremo se fije la jurisprudencia, y se evite la interposicion del recurso en otros casos iguales ó análogos. Por este motivo no es de temer que embarace la casacion en la forma, y debemos concretar estas observaciones á la que versa sobre el fondo.

De los 417 recursos y 39 apelaciones que, como hemos dicho, han correspondido en los cuatro años á la Sala 1.ª, por ser la casacion sobre el fondo, han ingresado en el último año de 1859, 230 recursos y 19 apelaciones; y á pesar de la incansable laboriosidad del Presidente y Ministros que componen dicha Sala, y de los estraordinarios esfuerzos que están haciendo, auxiliados por el Presidente del Tribunal, para activar el despacho, como lo demuestra el haber terminado en dicho año 108 recursos y 16 apelaciones, además de otros varios negocios no menos graves, todavía han quedado pendientes para 1860, 232 recursos y 13 apelaciones; 62 de aquellos, y 3 de estas, conclusos para la vista, y los demás en sustanciacion: número mas que suficiente para el despacho de dos años, atendida la índole y gravedad de estos trabajos. Y si á ellos se agregan los recursos que entrarán en el año inmediato, con el

aumento progresivo que se viene notando, y que continuará, segun todas las probabilidades, calcúlese hasta qué punto podrá llegar el retraso, con mengua de la administracion de justicia y considerables perjuicios para los litigantes.

¿Procederá este mal de que la casacion no se ha reducido á su justo límite, traspasando sus naturales condiciones intrínsecas; ó de que no se ha establecido bajo las reglas y condiciones estrínsecas, que son necesarias para hacerla ejecutable? Aunque ambas causas podrán contribuir, y contribuyen en efecto, creemos que procede mas bien de la segunda, que de la primera.

## IV.

**Causas del aumento de recursos y retraso en el despacho.—Fácil acceso.—Infraccion de doctrina.—Fallo en el fondo.—Juicio sobre estas causas (1).**

En cuanto á no haberse reducido la casacion á su justo límite, traspasando sus condiciones intrínsecas, es indudable que la nueva Ley ha facilitado estraordinariamente el acceso al recurso, permitiéndolo en una multitud de casos en que antes ni aun la súplica era procedente. Pero ¿la ha sacado por esto de su justo límite? Ciertamente que no, si se atiende al rigor de los principios. ¿Existe una sentencia ejecutoria, en la que se ha infringido, ó interpretado erróneamente la ley? Pues allí debe aplicarse el remedio de la casacion, sin tener en cuenta el valor de la cosa litigiosa: sobre él está el interés de la sociedad. Esto dicen los partidarios de dicha innovacion, y es preciso reconocer la lógica de su argumento.

Sin embargo, es muy frecuente en jurisprudencia relajar el rigor de los principios en consideracion al interés público ó privado, de que no es posible desentenderse, y creemos que no hubiera sido inconveniente haberlo hecho así en el presente caso. ¿No se ha relajado respecto de los juicios verbales y de menor cuantía? Pues si en ellos no se permite en ningun caso el recurso de casacion (artículo 1014, §. 2.°), sin duda por la poca entidad de la cosa litigiosa, por igual razon pudiera haberse prohibido en los pleitos, cuya cuan-

(1) De la misma introduccion.

tía no esceda de diez mil reales, por ejemplo, para evitar el grave mal de que asciendan las costas á tanto ó mas de lo que se litiga. El inconveniente que resultaría de esta limitacion, podria superarse, en nuestro concepto, con una buena ley de responsabilidad judicial. Y sobre todo, ó aplíquese el principio en toda su estension, ó restrínjase cuanto sea conveniente: esto es lo lógico.

Tambien opinan notables jurisconsultos que se ha establecido la casacion fuera de sus justos límites y de sus naturales condiciones intrínsecas; con permitirse el recurso por infraccion de la doctrina admitida por la jurisprudencia, y con haberse cometido al Tribunal Supremo la facultad de fallar en el fondo. En cuanto á lo primero, es indudable que, por no haber definido convenientemente la Ley de Enjuiciamiento lo que haya de entenderse por *doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales*, se dá ocasion á que se abuse de este remedio, pues basta citar como infringida cualquier doctrina, para que proceda la admision del recurso, por mas que luego sea desestimado. Véase lo que decimos sobre este particular en el comentario del art. 1012 (§. VI de estas Observaciones).

El otro estremo comprende una cuestion, quizá la mas grave que se suscita en esta materia, y que tiene divididos á eminentes jurisconsultos. Los que sostienen que el Tribunal de Casacion no debe fallar sobre el fondo del negocio, afirman que el sistema contrario desvirtúa y vicia la institucion, convirtiendo este remedio supremo en una tercera instancia, contra su índole y naturaleza, y aducen en su apoyo la opinion de los jurisconsultos mas notables de Francia, cuna de esta institucion, y la legislacion de aquel país, á la que entre nosotros siguió sobre este punto, aunque incompletamente, el Real decreto de 4 de noviembre de 1838.

No negarémos que, si ha de estarse al rigorismo doctrinal, el Tribunal de Casacion, cuyo instituto es cuidar de la observancia y recta aplicacion de la ley, debiera concretarse á resolver si esta ha sido ó no infringida, ó sea á decidir en casacion, y nada mas; pero ya hemos dicho que es frecuente en jurisprudencia prescindir de ese rigor, y se prescinde en efecto cuando puede adoptarse otro sistema mas ventajoso al interés público y privado, cuya conveniencia, mas bien que los principios de escuela, debe consultar el legislador en todo caso. ¿Y cómo puede desconocerse que el sistema adoptado por la nueva Ley de Enjuiciamiento lleva sobre este punto grandes ventajas al francés?

Casando y fallando en el fondo el Tribunal Supremo, como ordena la Ley en el art. 1060, se evitan dilaciones y gastos á las partes, y el grave inconveniente, á que daba lugar el art. 18 del Real decreto citado de 4 de noviembre, de que la Audiencia, al fallar de nuevo el pleito, pueda desairar la decision del Tribunal Supremo, escitando rivalidades y destruyendo el órden gerárquico de los tribunales.

Para salvar este inconveniente ha determinado últimamente la legislacion francesa, por una ley de 1.° de abril de 1837, despues de haber ensayado otros medios, que si el Tribunal, á quien se remiten los autos despues de casada la sentencia, insiste en el primer fallo, pueda interponerse segunda vez el recurso, el que será decidido por el Tribunal de Casacion en pleno; y si éste casa otra vez la sentencia, el Tribunal, á quien se remitan los autos de nuevo, debe conformarse á la decision de aquel en cuanto al punto de derecho, juzgado por el mismo.

Es verdad que así se salva el inconveniente indicado de que el fallo de un Tribunal Superior se sobreponga al del Supremo; pero ¿se salva tambien el principio? Creemos que no. ¿Qué es esto en realidad sino una ficcion y una mera fórmula? Si en último término la Audiencia ha de conformarse á lo que haya decidido el Tribunal Supremo, éste, y no aquella, es quien de hecho y realmente falla el negocio en cuanto al fondo. ¿Por qué, pues, no facultarle para que lo haga de derecho, y desde el primer fallo en casacion? Así se evitarán gastos, dilaciones y conflictos, y el grave inconveniente de obligar á un Tribunal Superior á que falle quizá contra su conciencia, so pena de dar á la decision del Supremo el carácter y fuerza de interpretacion *auténtica* de la ley, con efecto retroactivo, lo cual no es sostenible.

Por estas consideraciones nos parece conveniente que el Tribunal de Casacion falle tambien en el fondo. No desconocemos que el sistema contrario desembarazaría algo al Tribunal; pero no tanto que sea motivo suficiente para adoptarlo: el recargo que puede producir, queda debidamente compensado con las ventajas que proporciona. Dicho recargo debe, en nuestro concepto, atribuirse mas bien, como ya hemos indicado, á las condiciones estrínsecas, bajo las cuales se ha establecido la casacion, segun vamos á demostrar.

## V.

**Mas sobre el mismo asunto.—Término para interponer el recurso.—Depósito.—Calificacion prévia.—Número de Ministros.—Copia del apuntamiento.—Audiencia fiscal.—Juicio sobre estas condiciones estrínsecas (1).**

En primer lugar, el término de diez dias improrogables, que señala el art. 1022, para interponer el recurso, es sumamente corto: en muchos casos ni tiempo tendrá el defensor para consultar la voluntad de su cliente, y en la duda, y para salvar el procurador su responsabilidad, en razon á que no se necesita poder especial (artículo 1023), interpone siempre el recurso. Mucho menos lo tiene el interesado para consultar el dictámen de otros letrados, ni para deliberar con calma, y sin la escitacion que por de pronto produce un fallo desfavorable. Tres meses concede la legislacion francesa: fíjese un término semejante, al menos el de cuarenta dias, y se interpondrán menos recursos de casacion. Esto lo prueba el hecho de que ascienden próximamente á un 16 por 100 los recursos en que se separa el recurrente, ó se declaran desiertos por no haber comparecido; pero siempre despues de haber ocupado la atencion del Tribunal, y turbado la accion de la cosa juzgada, que al cabo viene á reconocerse que merecia el concepto de tal.

En segundo lugar, el depósito que exigen los arts. 1027, 1028 y 1029, es insuficiente para su objeto, é ineficaz como pena, ni como medio de represion; á lo que hay que agregar que se dispensa de él en muchos casos. Recurso ha subido al Tribunal Supremo con 270 rs. de depósito. Esta suma, y aun en la mayor parte de los casos la de 4,000 rs., que es el máximum, no basta para indemnizar con la mitad á la parte contraria los perjuicios ocasionados con un recurso infundado, ni la otra mitad es pena proporcionada á la ofensa inferida al Tribunal sentenciador. Auméntese el depósito; exíjase en todo caso, y de seguro disminuirán los recursos. Por si la falta de metálico pudiera ser un obstáculo, permítase la fianza, como la permitia el Real decreto de 4 de noviembre. Pero como todos los casos no son iguales, seria justo que el Tribunal Supremo estuviera facultado para fijar, dentro del *máximum* de aquel, la cantidad, á cuya pérdida deba ser condenado el recurrente, segun la ma-

(1) De la misma introduccion.

yor ó menor temeridad con que haya entablado el recurso; y aun tambien para absolverle de su pérdida, en la parte que sirve de multa, y hasta para imponer en un caso de estremada temeridad, que los hay sin duda, la prision subsidiaria á los que litiguen como pobres, toda vez que la pérdida del depósito se impone por vía de multa, y de indemnizacion de perjuicios. Esta facultad discrecional, conferida á la Sala de Casacion, seria muy conveniente para reprimir los abusos á que se presta el remedio.

Además, la calificacion prévia, hecha por una Sala del propio Tribunal Supremo, la cual desestimase de plano los recursos notoriamente infundados, seria el medio mas espeditivo que pudiera adoptarse. Sin la *Chambre des requetes* que tiene estas atribuciones, ¿cómo podrian despacharse en Francia sobre 700 recursos, que por término medio se interponen en cada año? Y no sería estraño, antes bien es probable, que en España lleguen á aproximarse á este número, si se tiene en cuenta el aumento progresivo que viene notándose, y que las quince Audiencias de la Península é islas adyacentes fallan sobre cinco mil pleitos en cada año (1).

El establecimiento de dicha Sala de calificacion es mas necesario entre nosotros, que en Francia, por la circunstancia de que no tenemos, como allí tienen, un colegio especial de abogados para el Tribunal de Casacion, organizados convenientemente, los cuales con su esperiencia y práctica especial contribuyen á facilitar el despacho. Por falta de esta circunstancia, y por ser nueva la institucion, no es de estrañar se citen con frecuencia, para fundar los recursos, doctrinas impertinentes, y leyes que no han sido infringidas ó que no conducen al caso. Recurso ha subido al Tribunal Supremo, en que se citaban, como infringidas, diez y ocho leyes, y hasta todas las de un título de nuestros códigos, versando los informes de los letrados sobre todas ellas, y viéndose la Sala de Casacion obligada á examinarlas una por una para dictar su fallo. La Sala de calificacion hubiera en tales casos desechado de plano las notoriamente impertientes, fijando los puntos que debian debatirse, con la grande economía de tiempo que es consiguiente.

Tambien el número de ministros, de que se componen las Salas del Tribunal Supremo, es un obstáculo muy considerable para el

(1) En el año último de 1858 han despachado 5800 pleitos.

despacho, y hasta para la unidad de la jurisprudencia. De siete ministros se compone cada Sala, y este mismo número es el que debe concurrir á la vista de los recursos de que tratamos. Además de ser dicho número insuficiente para fallos de esta clase, como demostraremos en el comentario al art. 1054, resulta que, cuando por enfermedad ú otra causa justa deja de asistir un ministro, tiene que suspenderse la vista, ó suplir la falta otro de otra Sala, lo cual no siempre es posible, y queda además defraudado el objeto que se propuso la Ley, al asignar á una Sala todos los recursos en el fondo.

Otro de los medios que contribuirían tambien á la espedicion en el despacho, seria el entregar copia del apuntamiento á cada uno de los ministros de la Sala antes del dia señalado para la vista. De este modo, al tiempo de verse el negocio, estarian ya enterados de la cuestion, y tendrian consultadas las leyes que se citen como infringidas: podrian, de consiguiente, apreciar con mas conocimiento de causa las razones que espongan los letrados en sus informes: se evitaria, fuera de algun caso estraordinario, el tener que pasar los autos, despues de la vista, al estudio de cada uno de los ministros, como hoy se hace en casi todos los negocios, y es de necesidad para poder emitir su voto con la reflexion, exámen detenido, justificacion y acierto que revelan los fallos del Tribunal: se economizaría el tiempo que en esto se invierte; y por último, se podria las mas veces proceder á la votacion y fallo del negocio acto contínuo de la vista, teniendo por tanto mas tiempo el ponente para redactar la sentencia, y publicarla dentro del término legal.

A dicho fin, y para facilitar aun mas el despacho, seria conveniente la impresion del apuntamiento, despues de haber manifestado las partes su conformidad con él, ó de haberse hecho las reformas y adiciones que se estimen procedentes. Por término medio pueden calcularse en unos cien reales los gastos de la impresion; cantidad bien insignificante, y mas si se compara con las ventajas antes indicadas: poco menos costará á los litigantes la copia del apuntamiento, que el procurador saca para el letrado. Estos gastos deberian reputarse como costas del juicio, y pagarse bajo tal concepto por los interesados en el pleito; y cuando estos sean pobres, podrian suplirse, á calidad de reintegro, de los fondos procedentes de la mitad de los depósitos, cuya pérdida ha sido declarada, que quedan detenidos á disposicion del Tribunal, como se pagan las costas de que habla el art. 1098.

Por último, uno de los defectos mas notables, que se encuentran en la nueva Ley de Enjuiciamiento, es el de no haber dado intervencion al Ministerio fiscal en la sustanciacion de estos recursos. Fúndanse siempre en infraccion de ley ó de doctrina legal; y, segun ya hemos dicho, su objeto es impedir toda falsa aplicacion de la ley y su errónea interpretacion, á la vez que uniformar la jurisprudencia: de modo que, aun cuando los litigantes se aprovechan inmediatamente de sus efectos, estos son tambien de órden público y en interés de la sociedad en general. Pudieran, además, concurrir tales circunstancias, que hubiese motivos para reputar la infraccion de ley cometida á sabiendas ó con malicia, y para exigir por tanto la responsabilidad á los magistrados que dictaron la sentencia. Bajo cualquiera de estos aspectos que se consideren los recursos de casacion, es necesaria la intervencion en ellos del Ministerio público; no para favorecer ni coadyuvar los intereses de una de las partes, sino para sostener los fueros de la ley y de la causa pública, de las que es legítimo representante y defensor. Esto está en armonía con los principios que rigen en nuestro procedimiento, consignados ya en el Reglamento provisional de 1835 para la administracion de justicia, segun el cual (arts. 70, 86 y 101) debe oirse á dicho Ministerio en los negocios civiles, cuando interesen á la causa pública, y siempre que ocurra alguna duda de ley.

Por estas consideraciones creemos que se ha faltado á una de las condiciones naturales, y sin duda de las mas espeditivas del recurso, con no haber dado intervencion al Ministerio fiscal. Siempre se ha conferido este cargo en el Tribunal Supremo de Justicia á los jurisconsultos mas eminentes, lo cual es otra garantía de acierto. El Fiscal, por tanto, examinando la cuestion con la imparcialidad propia de su ministerio, y sin la pasion de los interesados, contribuiría poderosamente con su ilustrado concurso á fijar la verdadera inteligencia de la ley, y á facilitar el fallo del Tribunal.

## VI.

### Casacion en el fondo.—Definicion de la doctrina legal.—Sobre la conveniencia del recurso por infraccion de la misma (1).

Segun el art. 1012, que se refiere á los recursos de casacion en el fondo, estos pueden fundarse «en que la sentencia sea *contra ley*,

(1) Coment. al art. 1012 de la Ley.

ó *contra doctrina* admitida por la jurisprudencia de los tribunales.» Debe entenderse, conforme á lo preceptuado en los dos artículos anteriores, que la sentencia ha de ser *ejecutoria*, ó sobre definitiva, y dictada por un Tribunal Superior. En cualquiera de dichas dos causas que se funde el recurso, vá dirigido á atacar la ejecutoria en el fondo, ó en su esencia; á demostrar que ha sido violada, ó interpretada y aplicada erróneamente la ley en la decision de la contienda, y á obtener la reparacion de la injusticia causada con tal motivo. Esto en cuanto al interés de las partes; que si se atiende al interés público, objeto preferente de estos recursos, es mantener en toda su pureza la ley, y fijar su verdadera inteligencia para que sirva de regla en los demás casos que requieran su aplicacion, uniformando así la jurisprudencia.

El Real decreto de 4 de noviembre de 1838, exigia en su artículo 3.°, para que hubiese lugar al recurso, la infraccion de *ley clara y terminante*. Si la ley tiene esta cualidad en su relacion con el caso á que se aplica, no debe temerse que sea infringida, ni mal interpretada; y si lo fuese, mas bien que el recurso de casacion, deberia entablarse el de responsabilidad: así es que en la práctica no se estimaba literalmente tal calificacion, y se admitia el recurso siempre que se citaba como infringida una ley, sin atender á si era ó no clara y terminante. Esto mismo es lo que ha sancionado la nueva Ley de Enjuiciamiento por el artículo que estamos comentando. Si el objeto de este recurso es, como hemos dicho, uniformar la jurisprudencia, nunca puede ser mas útil la casacion que cuando versa sobre una ley oscura ó dudosa.

Que la casacion está dentro de sus condiciones naturales cuando se funda en la infraccion de una ley, es un punto respecto del cual no hay divergencia de opiniones: no así cuando se permite fundarla en la infraccion de la doctrina. Si á las palabras del artículo 1012 «*doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales*» se diese la interpretacion lata á que se prestan; si por esa doctrina se entendiera la opinion espresada ó admitida por cualquier tribunal sobre un punto de derecho, no determinado en la ley, es indudable que se habria establecido la casacion fuera de sus justos límites, desnaturalizando el remedio. A una doctrina de tales condiciones no puede darse el carácter de jurisprudencia, ni el valor y autoridad que tiene la ley: al lado de ella puede presentarse ó establecerse otra doctrina contraria, y conduciria al absurdo el

permitir el recurso por infraccion de una doctrina, que no es mas que la opinion particular de un Tribunal superior, en contradiccion acaso con la de otro, y aun con la de otra Sala del propio Tribunal, pues no es raro ver que cada Sala de una misma Audiencia opine de diferente modo, y tenga su jurisprudencia particular.

No puede, ni debe entenderse, en nuestro concepto, con esa latitud el artículo que comentamos. ¿Cómo ha de suponerse que se ha querido dar fuerza y valor de ley á cualquier doctrina admitida por un tribunal, que no reune las condiciones necesarias para formar jurisprudencia? La doctrina, á que se refiere la Ley, es sin duda alguna la *doctrina legal*, de cuya locucion, como sinónima de aquella, se usa en los arts. 1014, 1016, 1025 y en otros; y por *doctrina legal* debe entenderse la que tiene, mas ó menos esplícitamente, su fundamento y apoyo en la ley, ó en las reglas del derecho; la que se deriva de estas ó de aquella, como consecuencia legítima de sus principios, y bajo tal concepto está admitida generalmente en el foro, y ha llegado á constituir lo que se llama *jurisprudencia*.

La nueva Ley no ha hecho mas que sancionar lo que sobre este punto estaba ya admitido en la práctica. El Real decreto de 4 de noviembre de 1838, aunque en su artículo 3.° declaraba que solo hubiese lugar al recurso, respecto de la nulidad ó casacion en el fondo, por infraccion de *ley clara y terminante*, despues en el art. 7.°, al determinar la forma para interponerlo, decia, que esto se hiciera por escrito con firma de letrado, en que se citasen *la ley ó doctrina legal infringida*; de modo que vino á equiparar una y otra causa, y por ambas se admitia el recurso (1). Tambien lo permite por las dos la Real cédula de 30 de enero de 1855, sobre administracion de justicia en Ultramar: «habrá lugar, dice en su art. 194, al recurso de casacion por violacion de ley espresa y vigente en Indias, ó *de una doctrina legal recibida á falta de ley por la jurisprudencia de los tribunales*.» Como se vé, concreta mas el concepto; pero el pensamiento es el mismo.

En este sentido, pues, habrá de entenderse el art. 1012 que estamos comentando, y así lo viene aplicando tambien el Tribunal Supremo de Justicia, como puede verse en varias de sus decisiones en casacion. La doctrina infringida ha de derivarse de la ley, ó de

(1) Puede verse, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en recurso de nulidad, de 17 de octubre de 1854.

los principios del derecho (1): de otro modo no podria llamarse legal; y bajo este concepto ha de estar admitida generalmente por la jurisprudencia de los tribunales: no ha de ser la opinion particular de alguno de ellos, ni de autores determinados. Entendido con esta restriccion el art. 1012, creemos conveniente su precepto, y que no hay motivo para considerar establecida la casacion fuera de sus justos límites. Así la doctrina legal es el complemento, la interpretacion ó esplicacion de la ley: su violacion, por tanto, es, mas ó menos directamente, la violacion de la ley misma; si no en su letra, al menos en su espíritu; y nunca es mas conveniente la casacion que en estos casos para evitar que se estravíe la doctrina, y para conservar en toda su pureza los principios consignados en las leyes, ó en las reglas de derecho, admitidas como tales por la jurisprudencia.

Para permitir la casacion por infraccion de la doctrina legal, adúcese tambien como razon, y lo es en efecto, la del estado de nuestra legislacion, compuesta de compilaciones incompletas de leyes formadas en diferentes siglos, y por tanto sin armonía ni concierto, algunas en desuso, y otras con antinomias no muy fáciles de conciliar, siendo por tanto necesario en muchos casos resolver las cuestiones de derecho con arreglo á la doctrina admitida por la jurisprudencia. Pero aunque disminuiría notablemente esta necesidad con la publicacion de un buen Código civil, no por esto dejaria de existir por completo hasta el punto de hacer innecesaria la casacion por dicha causa. Por mas perfecta que sea una legislacion, es imposible haya previsto todos los casos; y obligados los tribunales á juzgar y fallar cuantas contiendas ante ellos se deduzcan, se verán siempre en la necesidad de apelar muchas veces á la doctrina legal. ¿Y no es notoria la conveniencia de la casacion, cuando esta doctrina sea infringida, para impedir la violacion de los principios del derecho, ó la errónea interpretacion de la ley, en que por analogía ó por deduccion busque aquella su apoyo? En esto precisamente se diferencian los negocios civiles de los penales: aquellos son siempre justiciables, aunque no exista ley espresa para el caso; pero en lo penal, por mas reprensible que sea un hecho, no es justiciable, si la ley no lo ha definido y penado como delito ó como falta, y por

(1) Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en recursos de casacion, de 30 de noviembre de 1858, 20 de enero y 5 de febrero de 1859.

esto no es admisible la casacion sino por violacion de ley espresa.

Creemos haber demostrado la conveniencia de que se permita la casacion en lo civil por violacion de la *doctrina*, siempre que esta sea *legal*, esto es, que se derive mas ó menos directamente de la ley, ó de los principios y reglas del derecho, y que se halle generalmente recibida, ó autorizada, como arriba espresamos. A esta doctrina es á la que se refiere sin duda el art. 1012 de la Ley. Mas, por no haberla definido convenientemente, se ha dado ocasion, como hemos indicado en el párrafo IV, al abuso de fundar algun recurso en la infraccion de doctrinas, que no tienen otro apoyo que la opinion de un Tribunal Superior, ó la de algun comentarista, cuyo nombre y testo se ha citado en el escrito: el Tribunal Supremo ha desestimado, con razon, tales recursos, por no ser legal, ni considerarse elevada á jurisprudencia, la doctrina que se citaba como infringida (1).

## VII.

**Calificacion de los hechos.—¿Puede hacerla el Tribunal Supremo (2)?**

La injusticia de una ejecutoria puede nacer, ó de la falsa apreciacion de los hechos, ó de la aplicacion errónea del derecho. ¿Procederá en ambos casos el recurso de casacion en el fondo? ¿Puede el Tribunal Supremo deliberar y juzgar sobre la apreciacion de los hechos; ó habrá de atenerse á la calificacion que de ellos haya hecho el Tribunal *á quo*? Hé aquí una de las cuestiones mas importantes, que la nueva Ley no ha decidido espresamente, á pesar de haberlo hecho la Real cédula de 30 de enero de 1855 para los negocios de Ultramar. Esta, despues de haber ordenado en el art. 198, que no tiene lugar el recurso de casacion, «si conformes las partes en el derecho, versase la cuestion sobre hechos,» dice en el 211 que «respecto á los hechos, la Sala de Indias habrá de atenerse en la determinacion del recurso á la calificacion de aquellos, en que se haya

(1) Véanse las sentencias de 21 de diciembre de 1858, 23 de febrero de 1859 y otras.

(2) Del mismo coment. al art. 1012.

fundado el Tribunal *â quo.*» Siendo, como son de un mismo año ambas disposiciones, y aquella posterior á esta, parece que haya sido intencional su silencio. Sin duda se ha creido que bastaba el precepto del art. 1012, que estamos comentando.

Y con efecto, ese silencio sobre este punto, que guardó tambien el Real decreto de 4 de noviembre de 1838, no ha sido obstáculo para que el Tribunal Supremo, sin separarse de lo que ordena dicho artículo, haya fijado su jurisprudencia conforme á la doctrina mas aceptable. El Tribunal, al decidir en casacion, no juzga sobre la certeza de los hechos, ni de consiguiente sobre el valor de las pruebas: esto lo verifica, como debe verificarlo, para dictar su fallo sobre el fondo de la cuestion, cuando ha sido casada la ejecutoria (art. 1060); de modo que por regla general en la primera decision se atempera á la calificacion hecha por el Tribunal *à quo* (1).

Mas no por esto se abstiene de examinar los hechos: como el derecho es la consecuencia del hecho, los examina para ver si en la aplicacion del derecho se ha infringido la ley, y á este fin los establece en la sentencia, segun lo previene el art. 1058. Tambien los examina, como es de necesidad, para ver si la apreciacion, que de ellos ha hecho la Audiencia, está ajustada á la ley, cuando el recurso se funda en la violacion de ley sobre este punto. En una palabra, al decidir en casacion el Tribunal Supremo, solo examina y aprecia los hechos, en cuanto es necesario para determinar si se ha cometido ó no la infraccion de ley, en que se funda el recurso; y si existe esta infraccion, casa la ejecutoria, ora se refiera la ley violada á la apreciacion de los hechos, ya á la determinacion del derecho. Pero si no se ha infringido ley alguna en la calificacion de los hechos, entonces la decision de la Audiencia sobre este punto es soberana é irrevocable, y á ella se atempera el Tribunal Supremo para la determinacion del recurso. Así sucede siempre que se trata de la prueba de testigos, en razon á que el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil deja su apreciacion al criterio judicial (2).

Lo espuesto se deduce de la doctrina consignada por el mismo

---

(1) Véase la doctrina consignada en los *considerandos* de las sentencias del propio Tribunal Supremo, en recursos de casacion, de 13 de octubre y 6 de diciembre de 1856.

(2) Sentencias de 9 de marzo y 26 de octubre de 1857, 23 de febrero y 12 de octubre de 1858, y otras muchas.

Tribunal Supremo de Justicia en varias de sus sentencias en casacion. Tambien lo vemos confirmado por el Sr. Marqués de Gerona en un importante escrito, que ha publicado recientemente (1). La circunstancia de haber contribuido á establecer esta jurisprudencia, conveniente en nuestro concepto, como Presidente, que ha sido, de la Sala primera de dicho Tribunal Supremo, dá tanta autoridad á sus palabras, que creemos muy del caso el trascribirlas. Dice así este distinguido jurisconsulto (2):

«La Sala primera admite y declara la casacion donde quiera que encuentra infringida una ley espresa, aun cuando esta ley sea reguladora de la prueba legal de los hechos.

»La Sala no admite ni declara la casacion donde la ley deja al arbitrio ó discrecion de los tribunales la apreciacion de las pruebas sobre el hecho mismo.

»La Sala se abstiene cuidadosamente, en virtud de las citadas disposiciones del artículo 317, de juzgar sobre los hechos comprobados únicamente por medio de testigos; hechos, cuya calificacion queda hoy mas encomendada á la sana crítica de nuestros jueces y magistrados. No habiendo ya ley civil que regule casuísticamente su criterio, tampoco puede existir infraccion alguna de esta clase en sus sentencias.

»La Sala admite y declara la casacion por infraccion ó mala inteligencia notoria de cláusula espresa y terminante, ó sea por violacion de la ley del contrato, segun la tecnológia francesa.

»La admite asimismo cuando hay error, no en la apreciacion de la prueba, sino en la calificacion del acto ó del hecho, á que se refiere, en sus relaciones con la misma ley, como v. g.; cuando una Audiencia declara la existencia de un contrato de arrendamiento sobre hechos ó pactos, á que la ley atribuye el carácter de usufructo.»

Y concluye manifestando que «á estas cuatro reglas de doctrina pueden reducirse las bases cardinales de la jurisprudencia, hasta hoy admitida en nuestra casacion;» reglas que están conformes con lo que antes hemos espuesto.

---

(1) Nos referimos al folleto titulado: *Exámen del recurso de Casacion en España.*

(2) Pág. 23 y siguientes de dicho folleto.

## VIII.

**Sobre el número de Ministros conveniente para decidir en casacion (1).**

Poco tendríamos que decir respecto de estos artículos, si nos concretáramos á esponer su parte dispositiva. Esta es clara y terminante. De un presidente y seis ministros se compone hoy cada una de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia; y segun dichos artículos, los siete deben concurrir á la vista de los recursos de casacion, desempeñando el cargo de ponente uno de los ministros, cuyo servicio deben prestar por rigoroso turno, conforme á lo ordenado en el art. 36. Podrá suceder, y sucede con frecuencia, que por enfermedad ú otra causa no pueda concurrir alguno de ellos: en tal caso los ministros son reemplazados por los de las otras Salas, inclusa la de Indias, tambien por turno rigoroso, principiando por los mas antiguos; y los presidentes de Sala lo son por el Presidente del Tribunal, ó por los de las otras Salas; éstos por turno en igual forma.

Esto es lo que ordenan dichos tres artículos, habiéndose olvidado el 1056 de que por el 56 se habia mandado que, en caso de discordia, «uno de los dirimentes será *siempre* el Presidente en el Tribunal Supremo.» Si se ha de reservar para dirimir las discordias, puesto que ha de ser *siempre* uno de los dirimentes, ¿cómo ha de suplir en las vistas á los presidentes de Sala? Como el objeto de la Ley no puede ser otro que atender al mas espedito despacho en la administracion de justicia, interpretándola bajo este concepto, se concilian en la práctica esas dos disposiciones contradictorias, supliendo el Presidente del Tribunal á los presidentes de Sala solo en casos de absoluta necesidad, cuando no pueden ser reemplazados por los otros presidentes de Sala sin que quede desatendido el servicio.

Aquí terminaríamos este comentario, si nos limitásemos á esponer el procedimiento constituido por los tres artículos de que tratamos; pero en la introduccion del presente título (véase el §. V) reservamos para este lugar el demostrar que no bastan siete ministros para fallos de esta clase, y nos creemos en el deber de examinar este punto importantísimo.

(1) Coment. de los arts. 1054, 1055 y 1056.

En iguales condiciones, la garantía de acierto está en el mayor número de votos: así está constituida la humanidad, y se tendria por viciosa é inconveniente cualquiera organizacion de tribunales, que no descansara en esta base. Es indispensable, por tanto, que todo fallo de revision sea dictado por mayor número de votos de los que pueda tener á su favor el fallo revisado: de otro modo la opinion de los menos prevaleceria sobre la de los mas, contra lo cual se subleva el sentido comun. Sensible nos es decirlo; pero á esto puede dar lugar la disposicion del art. 1054.

Y con efecto; concurriendo siete ministros á la vista de estos recursos, cuatro votos conformes forman sentencia: puede suceder, por tanto, que se case y anule una ejecutoria por cuatro votos contra tres de igual categoría y autoridad, que estaban conformes con los de los magistrados que dictaron la ejecutoria, los cuales serán tres por lo menos, y aun podrán ser cuatro ó cinco, y acaso tambien con el del juez de primera instancia; resultando que la opinion de cuatro prevalece sobre la de seis, y en algun caso tambien sobre la de nueve. ¿Qué autoridad moral puede llevar en sí un fallo de esta clase, para que sea considerado con todo el respeto que se merece por su naturaleza, y por los efectos que produce?

Si en apoyo de la disposicion que combatimos quiere alegarse el precedente establecido por el Real decreto de 4 de noviembre de 1838, que tambien señaló siete ministros para la vista y determinacion de los recursos de nulidad, haremos notar que dicho Real decreto no concedia este recurso sino contra las sentencias de revista, que no eran conformes con las de vista; de modo que, al voto de la mayoría del Tribunal Supremo, se reunia el de los magistrados que dictaron una de las dos sentencias de vista ó de revista, lo cual no puede suceder en los recursos de casacion por haberse suprimido la tercera instancia. Y si precedentes quieren buscarse, citarémos los recursos de segunda suplicacion, y de injusticia notoria en asuntos ordinarios y en los de comercio, que no podian verse por menos de nueve ministros (1). Tambien debemos citar la legislacion francesa, la cual exige para la decision de estos recursos la concurrencia de once magistrados de los diez y seis de que se compone cada una de las tres Salas del Tribunal de Casacion.

---

(1) Art. 97 del Reglam. provis. para la administracion de justicia.

Basta lo dicho para comprender la necesidad de reformar el artículo 1054 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y de dar una organizacion adecuada al Tribunal Supremo de Justicia. Si no todas las Salas, al menos la primera, que es la que conoce de los recursos de casacion en el fondo, debiera componerse de once ministros, bastando nueve para la vista y decision de los recursos; pero sin que pueda declararse la casacion sino por seis votos conformes. Este número, unido á la calidad de los votos, ofrece la garantía necesaria para el acierto, sin que pueda desvirtuarse la fuerza moral del fallo por los votos que resulten en sentido contrario. Así tambien, con dos ministros de esceso, se evitaria el auxilio de las otras Salas, con ventaja para la uniformidad de la jurisprudencia, y se facilitaria el despacho de las ponencias, y con él el de los muchos recursos de que se vá recargando dicha Sala primera. Quizá se opongan á esta reforma razones de economía, únicas que en nuestro concepto pueden objetarse; pero ¿qué significa ese pequeño aumento en el presupuesto del Estado, comparado con las grandes ventajas que ha de proporcionar á la administracion de justicia?

## IX.

**Fallos en casacion.—Sobre la sustanciacion posterior de los autos, en que se dá lugar al recurso en la forma.—Mas sobre el fallo en el fondo (1).**

Despues de haber establecido el art. 1058 la forma en que deben redactarse las sentencias resolutorias de los recursos de casacion, pasa la Ley á determinar en el 1059 y siguientes, las declaraciones que por ellas han de hacerse, en cada uno de los diferentes casos que pueden ocurrir. La declaracion capital, que deben contener estas sentencias, es la de *haber*, ó *no haber lugar al recurso*: las demás declaraciones son accesorias, y como una consecuencia precisa é indeclinable de aquella.

El Tribunal Supremo declarará *haber lugar al recurso*, siempre que estime que la ejecutoria ha sido dictada contra la ley ó la doctrina legal, citadas oportunamente, ó que en el procedimiento se ha cometido la falta alegada como fundamento del recurso, con tal que sea alguna de las espresadas en el art. 1013; y en otro caso debe declarar *no haber lugar á él* (arts. 1059 y 1062). Para hacer

(1) Coment. á los arts. 1059 á 1063 inc.

estas declaraciones ha de atender á la resultancia, que ofrecian los autos cuando se dictó la ejecutoria. Tambien ha de tomar en consideracion *única y esclusivamente* la ley, ó doctrina legal, ó regla del procedimiento, *que se hayan citado oportunamente como infringidas*; de modo que, aun cuando el Tribunal Supremo estime que han sido infringidas otras leyes ó reglas del procedimiento, no puede apoyarse en ellas para casar y anular la ejecutoria, si la parte interesada no las ha alegado oportunamente como fundamento del recurso. Ya hemos dicho que el remedio de la casacion solo es aplicable á las violaciones en el fondo ó en la forma, que se hayan alegado y reclamado en tiempo oportuno. En el comentario del art. 1049 hemos indicado la razon de esta doctrina, universalmente admitida.

Si el Tribunal estima improcedente el recurso, al declarar *no haber lugar á él*, debe condenar en las costas al que lo hubiere interpuesto, en pena de su temeridad, y además á la pérdida del depósito, en los casos en que se haya constituido (art. 1062). Cuando el recurrente haya prestado caucion, por estar declarado pobre, se le impondrán estas condenas, con espresion de que se entiendan para cuando llegue á mejor fortuna (art. 1032). En tales casos ha de mandarse tambien, que la mitad del depósito se entregue al que hubiere sostenido la ejecutoria, como indemnizacion de perjuicios, y que se conserve la otra mitad en el Banco á disposicion del Tribunal, para cubrir las atenciones que se espresan en el art. 1098, y que espondrémos en su comentario (art. 1063); devolviéndose los autos del modo que previene el 1067. Téngase presente que el Tribunal Supremo no puede prescindir en estos casos de condenar al recurrente en la pérdida de todo el depósito. El art. 217 de la Real cédula ya citada de 30 de enero de 1855, deja al prudente arbitrio de dicho Tribunal el imponer ó no esta condenacion, cuando el principal fundamento del recurso sea la infraccion, no de ley, sino de la doctrina legal. Por razones bien obvias es esto muy justo, racional y conveniente, y sentimos no ver igual disposicion en la Ley de Enjuiciamiento civil. Véase tambien lo que hemos dicho sobre el depósito en al §. V de estas OBSERVACIONES.

Y cuando el Tribunal Supremo estime y declare *haber lugar al recurso*, debe al propio tiempo casar y anular la ejecutoria, como es consiguiente, mandando devolver al recurrente el depósito, si se hubiere constituido (art. 1059), ó la cancelacion de la fianza en su caso; pues aunque respecto de esta nada dice la Ley, basta considerar

que ocupa el lugar del depósito, para que, siguiendo el espíritu de la misma Ley y las reglas del derecho, se libre de tal gravámen al recurrente cancelando la fianza, como se practica. En estas sentencias no procede la condenacion en costas, en razon á que no puede suponerse temeridad en el litigante que, sosteniendo la ejecutoria, es vencido en el recurso; por esto, sin duda, hace caso omiso de ellas el artículo antes citado.

Respecto de lo demás que ha de mandarse en dicha sentencia, es necesario distinguir, si el recurso es *sobre el fondo*, ó si versa *sobre la forma*. En este segundo caso, en el mismo fallo, en que se case y anule la ejecutoria, debe mandar el Tribunal Supremo, como previene el art. 1061, que se devuelvan los autos al Tribunal de que procedan, para que, reponiéndolos al estado que tenian cuando se cometió la falta que haya dado motivo á la casacion, los sustancie y determine por sí mismo, si aquella tuvo lugar en la segunda instancia; ó los haga sustanciar y determinar por el juez inferior con arreglo á derecho, si se hubiese cometido en la primera. Véase lo que hemos dicho sobre este particular al comentar cada una de las causas del art. 1013.

Para el caso de que tratamos ordenaba tambien el Real decreto de 4 de noviembre de 1838, en su art. 19, que se devolviesen los autos al Tribunal *á quo*, para que, reponiendo el proceso al estado que tuviera antes de cometerse la nulidad, lo sustanciase y determinase con arreglo á las leyes; pero añadiendo, que esto se hiciera *por ministros diferentes de los que tomaron parte en los fallos anteriores*. Igual disposicion contiene la Real cédula de 30 de enero de 1855 en su art. 215, si bien con la modificacion de que los ministros sean, no todos, sino *en su mayor parte*, diferentes de los que intervinieron en el fallo anulado. La nueva Ley no ha seguido estos precedentes; no ha tomado estas precauciones, dictadas por la prudencia, como garantía de acierto, y para alejar toda prevencion desfavorable. Del art. 1061 se deduce que los autos han de sustanciarse y determinarse de nuevo por los magistrados que compongan la misma Sala que dictó el fallo anulado, y que desestimó la subsanacion de la falta que ha producido la nulidad, los cuales podrán ser los mismos que habian incurrido en ella, ó la habian autorizado. Sin duda se habrá considerado que la opinion, que tuvieran dichos magistrados respecto de la diligencia anulada, no puede ser trascendental al fallo definitivo del negocio. Así lo creemos tambien,

atendida la honradez y rectitud de nuestra magistratura; pero mejor hubiera sido, en nuestro concepto, seguir el sistema del Real decreto citado, que aleja, como hemos dicho, todo motivo de prevencion y de desconfianza, y ofrece por tanto mayores garantías de acierto.

Réstanos examinar lo que ha de hacerse cuando se case y anule la ejecutoria por haber sido dictada contra ley, ó contra doctrina legal. Al determinarlo el art. 1060, ha resuelto una cuestion de las mas graves é importantes que se suscitan sobre esta materia, á saber: ¿Una vez casada la ejecutoria, quién debe fallar sobre el fondo del pleito? ¿el mismo Tribunal de casacion; ó el Tribunal *à quo*? En la introduccion del presente título (véase el §. IV) hemos examinado ya esta cuestion, demostrando la conveniencia de que sea el mismo Tribunal Supremo quien falle sobre el fondo, como lo ordena el artículo antes citado.

Esto supuesto, pueden adoptarse para su ejecucion tres sistemas diferentes: 1.°, que falle sobre el fondo la misma Sala que haya decidido en casacion, acto contínuo y sin nueva vista: 2.°, que sea la misma Sala; pero en diferente acto, y con nueva vista: 3.°, que dicte dicho fallo otra Sala del propio Tribunal Supremo. Los tres sistemas se están ensayando actualmente entre nosotros: el primero con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil: el segundo en los negocios de Ultramar, conforme al art. 214 de la Real cédula, tantas veces citada, de 30 de enero de 1855; y el tercero, en las causas por delitos contra la Hacienda pública, con arreglo al art. 108 y sigs. del Real decreto de 20 de junio de 1852. Veamos cuál de ellos es el mas conveniente.

El último, además de no ser conforme á los principios que rigen en esta materia, no ofrece economías ni ventajas de ningun género, y dá lugar al peligro, que siempre debe evitarse, de que puedan ponerse en contradiccion dos Salas de un mismo Tribunal: inconveniente grave, que nos hace considerar este sistema como el mas desventajoso de todos. Los otros dos no ofrecen este peligro, puesto que una misma Sala es la que falla en casacion, y sobre el fondo: son, por tanto, los mas aceptables.

El primero de estos tiene la ventaja para los litigantes de ser menos dispendioso, y mas breve la terminacion del pleito, en todos los casos en que se declare haber lugar al recurso, pues se evitan las dilaciones y gastos de la nueva vista que, segun el segundo sistema, es necesaria para fallar sobre el fondo. Pero se le objetan gra-

ves inconvenientes. Como el exámen de los autos en tal caso es para decidir á la vez en casacion y sobre el fondo, es indispensable que el relator se estienda en el apuntamiento, y los letrados en sus informes, á todos los hechos y razones que se refieran al fondo, cuando en otro caso se concretarian pura y simplemente á lo relativo á la infraccion de la ley ó de la doctrina; resultando de ello, segun los que impugnan dicho sistema, mas largas y complicadas las vistas, con inutilidad notoria, siempre que se declare no haber lugar al recurso, lo cual sucede próximamente en cuatro quintas partes de los que se entablan.

Creemos, sin embargo, que este inconveniente no es tan grave como á primera vista parece, ni tiene la importancia que quiere dársele. Como el derecho es la consecuencia de los hechos, segun ya hemos dicho, raro será el caso en que no sea necesario entrar en el exámen de estos, y del fondo del negocio, para decidir si ha sido, ó no, infringida la ley ó la doctrina legal, que se hayan citado para fundar el recurso. Tenemos el convencimiento de que, salvo muy rara escepcion, la misma estension darian los letrados á sus informes en uno que en otro caso, y así lo confirma la esperiencia. Y no pueda ser ótra cosa: si es injusta la ejecutoria porque se ha infringido la ley, para probar esta infraccion es necesario demostrar la injusticia; es indispensable hacer ver que ha sido vulnerado el derecho de la parte, lo mismo que para obtener la revocacion y enmienda en el fondo. Solo prohibiendo absolutamente toda apreciacion y discusion sobre los hechos, es como podria conseguirse alguna brevedad en los informes.

Pero aun cuando, reservando para la nueva vista todo lo relativo al fondo, pudiera obtenerse en la primera alguna ventaja bajo el concepto antedicho, no es bastante, en nuestro concepto, para adoptar este sistema. A los gastos y dilaciones de la nueva vista, en la que de seguro se reproducirian y esforzarian las razones alegadas en la primera, hay que agregar el inconveniente de que es posible no puedan concurrir á la segunda vista los mismos ministros que asistieron á la primera, y se corre el peligro de que no sean acordes los fallos. Creemos á esto preferible el que se devuelvan los autos al Tribunal *à quo*, para que falle sobre el fondo.

Por todo lo espuesto nos parece muy conveniente la disposicion del art. 1060, segun el cual, «si el recurso se hubiere fundado en infraccion de ley ó de doctrina admitida por la jurisprudencia, dicta-

rá el Tribunal Supremo *á continuacion, pero separadamente*, sobre la cuestion objeto del pleito, la sentencia que crea conforme á los méritos de los autos, y á lo que exigieren la ley ó doctrina quebrantadas en la ejecutoria.» En el párrafo siguiente espondremos la razon que se ha tenido para ordenar, que esta sentencia se dicte separadamente, aunque á continuacion de la primera en que se hubiere declarado haber lugar al recurso.

## X.

**Publicidad de las sentencias.—Conveniencia de un Boletin de Casacion (1).**

El objeto y fin de los recursos de que tratamos, reclamaban la adopcion de lo que dispone el art. 1064. Ya hemos dicho que han sido establecidos para impedir toda violacion de ley y su errónea interpretacion, y para fijar y uniformar la jurisprudencia; de modo que el objeto de la casacion, no solo es aplicar rectamente la ley al caso particular que motiva el recurso, sino tambien interpretarla doctrinalmente, y fijar la jurisprudencia para los demás casos análogos que puedan ocurrir. A este fin es necesario publicar oficialmente las decisiones en casacion, para que de todos sean conocidas, y así lo ordena el artículo que comentamos: de otro modo seria ilusorio el principal objeto de este remedio.

Pero como las sentencias del Tribunal Supremo en estos recursos tienen un doble interés, segun hemos indicado, dicha publicacion debe limitarse á lo que es de interés general; á la parte en que se esplica é interpreta la ley, decidiendo si ha sido ó no infringida, ó en que se define y establece la doctrina; que es lo que forma jurisprudencia sobre la cuestion legal discutida en el pleito. El fallo sobre el fondo de la cuestion, objeto del litigio, es ya una consecuencia del fallo en casacion; es la aplicacion recta de la ley ó de la doctrina legal, en los términos que han sido definidas, al caso particular que se debate; y como de interés meramente privado, no debe publicarse.

Para realizar este pensamiento, tan fecundo en buenos resultados, y necesario á la vez para el objeto de la casacion, se dispuso por el art. 1060, que cuando se estime procedente el recurso fundado en infraccion de ley ó de doctrina legal, se dicten dos senten-

(1) Coment. del art. 1064.

cias, si bien á continuacion la una de la otra: en la primera se declara haber lugar al recurso, casando y anulando la ejecutoria, y mandando en su caso la devolucion del depósito, ó que se cancele la caucion; y en la segunda se falla la cuestion, objeto del pleito, conforme á los méritos de los autos, y á lo que exigieren la ley ó doctrina quebrantadas en la ejecutoria. Y ahora, por el artículo que comentamos, se ordena que la primera de estas dos sentencias, como igualmente las que se dicten declarando no haber lugar al recurso en el fondo, y decidiendo en cualquier sentido los recursos sobre la forma, ó sea los que se funden en alguna de las causas espresadas en el art. 1013, se publiquen en la *Gaceta de Madrid*, é inserten en la *Coleccion legislativa*. De este modo reciben la publicidad y autorizacion convenientes. La naturaleza y carácter de dichas sentencias, y el objeto de su publicacion, exigen que esta se haga de oficio, y en la parte oficial de la *Gaceta*, como se practica, pues siendo en interés público, no seria justo obligar á los litigantes á que pagasen los gastos de la insercion en dichas publicaciones oficiales.

En el Real decreto de 4 de noviembre de 1838 ya se mandó que se publicasen en la *Gaceta* del Gobierno los fallos del Tribunal Supremo sobre recursos de nulidad. La misma disposicion han reproducido el Real decreto de 1852 relativo á la jurisdiccion de la Hacienda pública, y la Real cédula de 1855 sobre administracion de justicia en Ultramar. La nueva Ley de Enjuiciamiento ha ordenado, como hemos visto, que además se publiquen en la *Coleccion legislativa*, que es el libro de las leyes y de las disposiciones oficiales, de igual autenticidad que aquella; pero de mas permanencia, y mas fácil de manejar por su forma.

Aplaudimos esta disposicion: quisiéramos, no obstante, se hiciera en ella una reforma, que nos parece muy conveniente. Ni la *Coleccion legislativa* está al alcance de todas las fortunas, ni la forma, en que se publican en ella estas sentencias, es la mas á propósito para facilitar su consulta: salen además con erratas notables, unas de imprenta, y otras acaso de copia. Todos estos inconvenientes se salvarian publicándose en coleccion separada, con buenos índices alfabéticos de materias, autorizando la publicacion el Ministerio de Gracia y Justicia para que lleve esta sancion oficial; pero bajo la inspeccion del propio Tribunal Supremo. Que esto es ya una necesidad, lo demuestra el que empresas particulares están prestando

este importante servicio con general aceptacion (1), á pesar de que no lleva la autenticidad que les daria la publicacion oficial, y que es tan necesaria en documentos de esa clase. En Francia se publica con este objeto un *Boletin de Casacion*: nosotros le daríamos el nombre de *Coleccion de sentencias del Tribunal Supremo de Justicia*, ú otro equivalente, para comprender en ella, no solo las pronunciadas sobre casacion, sino tambien sobre competencias, y demás que deben publicarse segun las disposiciones vigentes. Con todas estas sentencias, que son un precioso repertorio de jurisprudencia, puede ya formarse un grueso volúmen en cada año, á pesar de no estar establecida todavía la casacion en lo criminal.

## XI.

### Certificaciones para la ejecucion de lo juzgado.—Supresion de Reales cartas ejecutorias.—Sus inconvenientes (1).

Cualquiera que sea la sentencia que se dicte por el Tribunal Supremo de Justicia, ha de acordarse, sin necesidad de peticion de parte, que se devuelvan los autos á la Audiencia de que procedan, á costa del que interpuso el recurso, con la certificacion correspondiente para la ejecucion de lo juzgado. Esta certificacion ha de contener la sentencia ó sentencias pronunciadas con arreglo á los artículos 1059 y siguientes, y además la tasacion de costas, cuando haya habido condena especial de ellas. Así lo ordena el art. 1067 que comentamos, debiendo tenerse presente que dicha tasacion de costas ha de practicarse y aprobarse con arreglo á lo que prescriben los arts. 78 á 81 inclusive.

Por la disposicion que comentamos, lo mismo que por el artículo 886, á la antigua y solemne fórmula de Reales provisiones ó cartas ejecutorias, se ha sustituido la de una simple certificacion, librada por el escribano de cámara. Sin duda se habrá dispuesto así por razon de economía, para evitar gastos á las partes: no nos parece, sin embargo, razon suficiente de novedad tan importante. Si se cometian abusos en la estension de las Reales cartas ejecutorias; si no

(1) Véase nuestra Coleccion de la JURISPRUDENCIA CIVIL, que consta de tres tomos.—D. DE LA R.

(2) Coment. del art. 1067.

se consideraba suficiente la limitacion, que para evitarlos los puso el art. 8.° del Real decreto de 5 de enero de 1844, que se hubiese mandado no contuvieran otros insertos que la sentencia y la tasacion de costas en su caso, como se previene respecto de las certificaciones; pero no introducir esa novedad, contraria á nuestras prácticas, y á las de todas las naciones.

La justicia se administra en nombre del Rey, segun la Constitucion del Estado, y en su nombre por tanto deben librarse las cartas ejecutorias, como se han librado siempre. Además, una ejecutoria es una ley para los litigantes y sus sucesores; y ley de tal naturaleza, que no puede ser modificada ni derogada, como las generales, por el mismo poder que las dicta: por esta razon el documento que la contenga, debe estar concebido en forma preceptiva, la que no puede darse á las certificaciones. Por otra parte, éstas carecen del sello real, y de las solemnidades que dan á las antiguas ejecutorias mayor autenticidad para el presente y el porvenir. ¿Y no es inconveniente é injustificado que á un documento de tanta importancia, que encierra declaraciones tan trascendentales para la propiedad y para la familia, se le haya despojado de solemnidades que aumentaban su prestigio y su autenticidad?

Es de notar tambien que, respecto de las certificaciones de que tratamos, no se ha impuesto la obligacion de tomarse razon de ellas en la Cancillería del Tribunal; omision muy notable y de trascendentales consecuencias, pues además de faltarle esta solemnidad al documento que contiene una ejecutoria pronunciada por el primer Tribunal de la nacion, y contra la cual no es posible recurso alguno, queda sin la garantía que para cualquier evento se tenia antes en el registro de la Cancillería, que hace tanta fé como las sentencias originales. Y es todavía mas notable dicha omision, por cuanto no se ha incurrido en ella al tratar de las ejecutorias de las Audiencias: véase, sino, el art. 887, segun el cual ha de tomarse razon en la Cancillería de la Audiencia, quedando copia literal, de toda certificacion con que se devuelvan autos para la ejecucion de lo juzgado; de modo que se han revestido de mayores solemnidades y garantías las certificaciones comprensivas de estas ejecutorias de los Tribunales Superiores, que las que contienen las dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia.

Por todas estas consideraciones creemos conveniente, y aun necesaria, la reforma del art. 1067, y que se restablezca la antigua

práctica de librar Reales cartas ejecutorias, en nombre del Rey, firmadas por el Presidente del Tribunal, el que lo sea de la Sala y dos Ministros de la misma, registradas y selladas por Cancillería, y con las demás formalidades que previenen los arts. 14, 72, 73, 80 á 83 inclusive del Reglamento del propio Tribunal.

## XII.

### Casacion en interés de la ley (1).

Los tres últimos artículos del título 21 de la Ley de Enjuiciamiento tratan de la casacion *en interés de la ley*. Se le dá este nombre, no porque no sean tambien en interés de la ley los recursos promovidos por las partes, pues ya hemos dicho que la casacion ha sido introducida principalmente en interés público, siendo el interés privado su objeto secundario; sino porque el recurso, de que vamos á tratar, ha sido establecido única y esclusivamente en interés de la ley, sin que sus efectos puedan alcanzar en ningun caso á los interesados en el pleito.

Puede suceder que, á pesar de haber sido dictada contra ley ó contra doctrina legal una ejecutoria, se aquieten con ella las partes por no esponerse á los gastos y resultados del recurso de casacion, ó porque, por cualquier otro motivo, así convenga á sus intereses. En tal caso la ejecutoria debe producir todos sus efectos entre los litigantes, puesto que se conformaron con ella; pero al órden público interesa que se conserve en toda su pureza la recta inteligencia de la ley, que no se altere su genuino sentido con interpretaciones arbitrarias, que se fije la doctrina, y se uniforme la jurisprudencia. En tan poderosas y atendibles consideraciones se fundan los artículos que comentamos para ordenar, siguiendo el ejemplo de otras naciones, que en tales casos pueda el Ministerio fiscal interponer recurso de casacion, no para que se anule ni altere la ejecutoria en lo mas mínimo; sino para formar jurisprudencia sobre la cuestion legal, que haya sido discutida y resuelta en el pleito.

Contrayéndonos á la teoría y al derecho constituyente, aceptamos como bueno el principio; pero, salvo el respeto que nos merece la Ley, no nos parece conveniente la forma en que ha sido desenvuelto.

(1) Coment. á los arts. 1100, 1101 y 1102.

En primer lugar, ordena el art. 1101, que «estos recursos pueden interponerse *en cualquier tiempo,*» de modo que el Ministerio fiscal estará en su derecho interponiéndolos inmediatamente despues de publicada la ejecutoria, y sin esperar á que trascurra el término concedido á las partes para usar de este remedio, lo cual es contrario á la esencia de dichos recursos, y á los principios que rigen en nuestro procedimiento civil. En negocios civiles contenciosos, la accion fiscal no debe ejercerse nunca en beneficio de uno de los litigantes, sino única y esclusivamente en interés de la ley; de otro modo seria desigual la condicion de aquellos. Que en el caso supuesto la gestion fiscal favoreceria al que fué vencido en la ejecutoria, haciéndole de mejor condicion que á su contrario, es cosa que no puede ponerse en duda; porque ¿quién puede desconocer la inmensa ventaja que llevaria en la contienda el que contase con el poderoso auxilio del Ministerio público? Y no se diga que esta doctrina es contraria á la que hemos sostenido en el párrafo V de estas OBSERVACIONES acerca de que el Ministerio fiscal debe intervenir en los recursos de casacion, pues nó es lo mismo dar su dictámen desinteresado é imparcial en una cuestion promovida y sostenida por las partes interesadas, que constituirse en actor y ajente principal de la contienda jurídica.

Por todas estas razones, y tambien para evitar abusos, hubiera sido sin duda muy conveniente que, despues de ordenar el art. 1101 que «estos recursos puedan interponerse en cualquier tiempo,» se hubiese añadido: «cuando las partes no los hayan utilizado, y despues de haber quedado firme la ejecutoria.» La legislacion francesa no permite que el Ministerio público interponga estos recursos sino despues de tres meses de haber quedado ejecutoriado el fallo. Tenemos el convencimiento de que, no obstante la omision de la Ley, en este sentido obrará el Ministerio fiscal en España, como es de esperar de su ilustracion y prudencia.

En segundo lugar, ordena tambien el artículo antes citado que estos recursos se sustancien y decidan sin citar ni emplazar á ninguno de los litigantes; pero que *se les oiga, si se presentasen, entregándoles los autos para instruccion y citándoles para la vista.* No pudiendo anularse ni alterarse en lo mas mínimo la ejecutoria; no pudiendo, como no puede afectarles el resultado de estos recursos, segun lo declara con razon el art. 1102, no se justifica el objeto de esta audiencia: la misma razon habria para concederla á cual-

quiera que quisiese tomar parte en tales procedimientos. La cuestion legal está ya decidida irrevocablemente para los que litigaron; nada, pues, les interesa el resultado del recurso, el cual se dirije únicamente á formar y fijar la jurisprudencia para los demás casos que puedan ocurrir; y no interesándoles, no hay razon que justifique la disposicion de que tratamos.

Consideramos, además, inconveniente esa audiencia de los que fueron parte en el pleito. Con ella se despoja á estos debates del carácter imparcial y desinteresado que deben tener: se fomentan las malas pasiones, dando ocasion á que se renueven y prolonguen los resentimientos, disgustos y rivalidades de familias, que suelen producir los pleitos; y hasta podrá introducirse la perturbacion en las conciencias. Supongamos que el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso: habiendo tomado parte, ó pudiendo tomarla, en esta contienda el que obtuvo á su favor la ejecutoria, para esponer cuantas razones crea oportunas á fin de demostrar que fué vencedor con derecho, y no por error de los juzgadores, ¿podrá, despues del respetable fallo del Tribunal Supremo, gozar con tranquilidad de conciencia del derecho ó cosa, que por aquella le fué otorgado? No así cuando no se le permita tomar parte, pues entonces el fallo en casacion es para él como una nueva ley, que en nada puede afectar las declaraciones anteriores. Y en cuanto al que fué vencido en el pléito, es tanto como permitirle ir contra sus propios hechos, puesto que se le permite atacar una ejecutoria, que él mismo consintió no interponiendo el recurso de casacion en tiempo oportuno. Por todo ello creemos inconveniente, y contraria á la índole y naturaleza de estos recursos, la audiencia que el art. 1101 concede á los que fueron parte en el pléito.

Y por último, ofrece tambien, en nuestro concepto, graves inconvenientes el que el Tribunal Supremo haya de decidir en todo caso la cuestion legal debatida en el recurso, como se deduce del artículo 1102, sin dejarle en libertad para abstenerse de fallar sobre ella, y consultar á S. M., cuando el caso lo requiera. Supongamos que el Ministerio fiscal ha interpuesto el recurso contra una ejecutoria, en la que se ha decidido de un modo inconveniente y contrario á la razon natural una cuestion, respecto de la que no existe ley espresa, ni jurisprudencia establecida; ó en que la decision ha sido conforme á una ley antigua, en desuso, que aunque no derogada espresamente, está en contradiccion con los princi-

pios que hoy rigen en el derecho; ó que se ha hecho aplicacion de una ley, que se presta fundadamente á interpretaciones contrarias. ¿Qué deberia hacer en tales casos el Tribunal Supremo? ¿Declarar haber lugar al recurso? No; porque realmente no hay ley ni doctrina legal infringidas. ¿Desestimar el recurso? Tampoco; porque esto sería sancionar y establecer una jurisprudencia absurda ó inconveniente. No queda, pues, otro camino que elevar á S. M. la oportuna consulta para que por quien corresponda se aclare ó interprete auténticamente la ley, ó se decrete lo conveniente para lo sucesivo.

Esto es lo que dicta la razon natural, y lo que está en nuestras tradiciones. Siempre nuestros tribunales han tenido la facultad, y aun el deber de consultar á S. M. las dudas, reformas y proyectos de ley que les han ocurrido, teniendo marcados los trámites que deben dar á estos espedientes (1). Cuando está pendiente el pleito, es apremiante la necesidad de dictar el fallo definitivo, para que no queden en incierto indefinidamente los derechos de las partes, y por esto los tribunales no pueden abstenerse de juzgar, sin incurrir en responsabilidad. Además, segun los principios que hoy rigen, no puede consultarse á S. M. la resolucion que haya de dictarse en ningun pleito pendiente. Pero es muy distinto el caso de que tratamos: aquí ya no hay pleito pendiente; bien ó mal, ya ha sido decidida ejecutoriamente la cuestion debatida entre los litigantes, y solo se trata de fijar ó establecer la jurisprudencia para los casos que ocurran en lo sucesivo. No hay, pues, inconveniente ni peligro alguno en recurrir á la interpretacion auténtica, ó al poder legislativo; y antes, por el contrario, se corre el riesgo de que el Tribunal Supremo pueda invadir las atribuciones de dicho poder, si ha de estar obligado en todo caso á dictar sentencia resolutoria en los recursos de que tratamos.

No abrigamos, sin embargo, temor alguno de que esto suceda: nos consta el celo y cuidado de dicho Tribunal para no estralimitarse de sus atribuciones. Con la fórmula de «No há lugar al recurso, y *lo acordado*,» lo cual será que se eleve á S. M. la oportuna consulta con el objeto antedicho, podrá conciliarse el cumplimiento del art. 1102, que no prohibe dicha consulta, con lo que exige la na-

(1) Leyes 11, tít. 22, Part. 3.ª; 3 y 7, tít. 2, lib. 3, Nov. Rec., y otras; y el art. 86, y facultad 14 del 90, del Reglamento provisional para la administracion de justicia, de 26 de setiembre de 1835.

turaleza especial del caso supuesto, que es muy posible, atendido el estado de nuestra legislacion. Con códigos completos y bien ordenados podria desaparecer esta posibilidad, no ofreciendo quizá entonces la disposicion de dicho artículo los inconvenientes indicados.

Pero aunque pueda adoptarse esa fórmula, creemos conveniente que se modifique el art. 1102 en el sentido antedicho. Cuando el Tribunal Supremo comprenda que una ley espresa ha sido infringida ó mal interpretada, es bueno que haga la declaracion oportuna para fijar bien la jurisprudencia, y que no se incurra en lo sucesivo en error semejante; pero cuando no exista ley, ó esta sea tan oscura y dudosa que se preste fundadamente á interpretaciones contrarias, es sin duda lo mas conveniente que esté facultado para abstenerse de fallar el recurso interpuesto en interés de la ley, declarando *no haber lugar á decidirlo*, y promover la interpretacion auténtica, como lo ordena el art. 200 de la Real cédula de 30 de enero de 1855 para los negocios de Ultramar. Con la reforma en este sentido del art. 1102, y las dos que hemos indicado antes respecto de lo dispuesto en el 1101, creemos quedarían convenientemente establecidos, y con arreglo á su naturaleza, los recursos de casacion en interés de la ley.

## XIII.

### Conclusion.

Hemos emitido sencillamente y con franqueza nuestro humilde juicio, acerca de la forma en que la Ley de Enjuiciamiento civil ha organizado el recurso de casacion. Aunque creemos conveniente la modificacion de algunas de sus disposiciones, en tésis general aceptamos como bueno su sistema. El mérito de esta parte de la Ley ha correspondido sin duda alguna á la justa reputacion de los distinguidos jurisconsultos que la redactaron. Pero se trata de una institucion casi nueva entre nosotros, importantísima por su objeto, y difícil por las graves cuestiones de principios á que se presta: ¿qué estraño es, pues, que la piedra de toque de la esperiencia haya puesto en duda lo mas ó menos adecuado de algunas de sus disposiciones, ó hecho conocer la conveniencia de su reforma?

Debemos tambien advertir, que al indicar las medidas que pudieran contribuir en nuestro concepto á evitar el retraso y consi-

guiente recargo que, á pesar del celo y laboriosidad de la Sala primera del Tribunal Supremo, viene esperimentándose en el despacho de los recursos de casacion en el fondo, no lo hemos hecho con la pretension de que sea necesario adoptarlas todas á la vez. Algunas de ellas, acaso de las que pueden llevarse á efecto sin necesidad de esperar á la reforma de la Ley, bastarian sin duda para corregir el mal que se lamenta, ó al menos disminuirlo.

Tampoco pretendemos que no puedan adoptarse otros medios espeditivos. Tenemos entendido que un distinguido jurisconsulto, que desempeñó no hace mucho la cartera de Gracia y Justicia con merecida reputacion (1), para poner remedio á dicho mal, que ya entonces se presentia, tuvo el pensamiento de crear, en cada Sala del Tribunal Supremo, un número determinado de Ponentes, relevados de todo otro servicio que no fuese el de asistir á las vistas, y atender al despacho de tan penoso como importante cargo. Inconvenientes, aunque no insuperables, ofrece este medio, que no eran desconocidos del ilustrado autor del proyecto; pero es mas que probable, que hubiera bastado para desembarazar á la Sala primera, dando pronta salida á todos los recursos, sin retraso en la administracion de justicia.

El hecho indudable es que existe el mal, y que necesita de un pronto y eficaz remedio. El Tribunal Supremo ha llenado su deber haciéndolo presente á S. M.: sin duda que el Gobierno llenará tambien el suyo, como es de esperar del celo, laboriosidad é inteligencia del digno Sr. Ministro de Gracia y Justicia, aconsejando á S. M. la resolucion mas conveniente.

(1) Nos referimos al Sr. Fernandez de la Hoz.

**José M. Manresa y Navarro.**

# DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

## DE LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS
### DICTADAS POR TRIBUNALES ESTRANJEROS.

### TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

#### DICTÁMEN FISCAL

*emitido en el espediente formado á consecuencia de una mocion del Sr. Presidente, relativa á las ejecutorias de tribunales estranjeros.*

El Fiscal dice: Que el Sr. Presidente guiado por el celo que le distingue, y animado del laudable deseo de que las peticiones que se instauren en este Supremo Tribunal para obtener la autorizacion exigida por la ley respecto á las ejecutorias dictadas por Tribunales estranjeros para su ejecucion en España, sigan un curso regular y uniforme, ha hecho una mocion en Sala de Gobierno proponiendo ciertas reglas para que examinadas se sometan á la aprobacion del Tribunal pleno. A este fin propone: 1.° Si las solicitudes de ejecucion de sentencias dictadas en el estranjero irán desde luego á repartimiento como los demás asuntos contenciosos ordinarios, ó si por el contrario se dará antes cuenta de ellas en Tribunal pleno, y en este caso para qué fines. Y 2.° Que deberá practicarse en iguales casos respecto á las solicitudes de ejecucion ó de cumplimiento no de sentencias dictadas en Tribunales estranjeros, sino de actas, cédulas ó despachos de índole judicial espedidos por los mismos, como por ejemplo, para citacion de un súbdito español, embargo preventivo de bienes, depósito y asuntos análogos, sin duda no comprendidos en el testo de los arts. 922 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil. Acogida la mocion, acordó la Sala que se instruyese espediente y que pasado al que suscribe, con lo que espusiera se trajese al pleno para resolucion.

El Fiscal tratará de ambas cuestiones con separacion, permitiéndose hacerlo préviamente de la materia en general con alguna es-

tension, ya por su gravedad y trascendencia, ya por la novedad que en ella ha introducido la nueva ley de Enjuiciamiento civil respecto á la admision y curso de las ejecutorias de países estranjeros. Sabido es que en todos los puntos que caen en la esfera de la legislacion civil y de procedimientos ninguno hay tan árduo, tan difícil ni de mas trascendentales consecuencias que el de la determinacion de los efectos que puedan producir en un país las ejecutorias de Tribunales estranjeros; ora se refieran estas á naturales de la nacion en que la ejecucion se pida, ora se trate acerca del valor y efectos de sus decisiones respecto á la propiedad inmueble, ora en fin se refieran á personas que, aunque sean súbditos de la nacion misma en que se hayan pronunciado las ejecutorias, ó de otras potencias, estén bajo la salvaguardia de las leyes del país en que se pida el cumplimiento de aquellas. Esta materia se roza esencial y necesariamente con el derecho público, con el internacional y el de gentes y hasta con el privado de cada país, circunstancia que por sí sola basta para reconocer su gravedad.

No es estraño, pues, y sí altamente laudable, que materia tan árdua que no solo puede afectar las relaciones internacionales de España con otras Potencias, sino tambien el nombre del Tribunal Supremo del Reino dentro y fuera de él, haya fijado la atencion de su digno Presidente para llamar la del tribunal sobre este punto. Su mocion, mas que á otra cosa, se encamina á que se adopte una marcha segura y fija en la prosecucion y curso de estos delicados negocios, máxime cuando la ley de Enjuiciamiento civil ha sido en este punto harto concisa. Por lo mismo cree el Fiscal que aunque la superior ilustracion de V. A. no necesita recordarle lo que mas profundamente que el Fiscal conoce, no será del todo infructuoso presentar la cuestion con sus fundamentos histórico-jurídicos, y en sus relaciones con el derecho internacional, á fin de que la resolucion se asiente como todas las del Tribunal en bases seguras.

Si la jurisdiccion no es otra cosa que una parte del poder Soberano, ó este mismo poder ejercido por los Tribunales en quienes aquel delega, conforme á las leyes, para dirimir las contiendas judiciales con arreglo á las mismas, y hacer ejecutar y cumplir sus decisiones, no cabe duda en que ese poder tiene por límites el territorio de cada país, los súbditos que del mismo poder dependen y los residentes en ese territorio en lo que permite el derecho de gentes, esto es, todo lo que constituye la esfera de accion de cada soberano.

Fundándose en este principio inconcuso, desde que la ciencia del derecho público y de gentes apareció con sus primeros albores, se reconoció que las ejecutorias de los Tribunales no podian tener valor legal en una nacion estraña ni haberse como preceptos obligatorios en ella, pues esto equivaldria á reconocer en un Príncipe estranjero, en el que trasmitió la potestad al Tribunal que falló, el ejercicio de la soberanía en el país en que hubiera de ejecutarse la sentencia, no estando este sujeto á él, lo cual como abiertamente contrario á los principios fundamentales del derecho público seria completamente absurdo.

De aquí el absoluto silencio que guardaron en esta materia todas las legislaciones antiguas, creyéndose innecesaria una disposicion espresa para consignar un principio elemental del derecho. La nuestra, como todas las de Europa, nada estatuyó sobre este punto. Sabido es que el crecimiento del poder central, tuvo en todas las naciones el propio orígen, y que tambien se llegó á este fin por los mismos medios como anunciados por la razon, determinados por igual necesidad, é impulsados por las mismas ideas, hijas todas de los adelantos de la civilizacion europea. Por ello el suceso fué casi coetáneo. Reprimir, moderar y aun estinguir el sistema feudal desarrollado á la sombra de guerras permanentes y de la ignorancia difundida, concentrando las fuerzas sociales al rededor del Trono, fué el objeto, y que la buena y recta administracion de justicia alcanzase lo mismo al fuerte que al débil, al poderoso que al miserable, fué el principal medio, el punto que fijó las opiniones, la palanca poderosa que reunió los mas opuestos intereses. Consecuencia forzosa de este hecho fué la concesion de la jurisdiccion suprema ó soberana á los tribunales llamados Reales, todos los cuales tenian el carácter y facultades de los denominados de corte en Castilla y conocidos en el derecho europeo por el genérico de *Aulæ regis*.

Ya fuese por esta circunstancia, ya porque faltando á las sentencias de los tribunales estranjeros la autoridad de la jurisdiccion para ser ejecutables, se creyese que prestándosela los tribunales regnícolas que la tienen para hacer ejecutorias sus decisiones, bastaba para que fuesen aquellas eficaces, es lo cierto que en toda Europa esa potestad la ejercieron los tribunales superiores, departamentales ó territoriales, negando, que era lo general, ó concediendo la autorizacion á las ejecutorias de tribunales estranjeros que se les presentaban, ya para su ejecucion en su territorio, ya pa-

ra oponer la escepcion de cosa juzgada prévio espediente y exámen.

Reputóse, aunque erróneamente, que esta era una especie de regalía ó de derecho propio del que se disponia á voluntad de los tribunales, ó al menos sin reglas fijas y determinadas por los altos poderes del Estado.

Esta práctica fué general en Europa y llegó á constituir jurisprudencia universal. Ella subsiste todavía en Inglaterra, en varios Estados de Alemania, de Italia y del Norte. Que en ello han cabido abusos, no puede ponerse en duda: que en algunos y aun en muchos se ha podido decidir contra las miras diplomáticas ó políticas de los gobiernos y aun comprometiéndose altos intereses, no es cuestionable siquiera; pero entre estos y otros escollos mayores quizá, el mas peligroso era el de la falta de reglas seguras de jurisprudencia cierta, de principios fijos á que atenerse.

De muy antiguo se reconocieron en Francia estos inconvenientes, y para remediarlos se dictaron reglas en la ordenanza de 1629, á fin de limitar los casos de concesion de estas autorizaciones, llamadas allí ó conocidas con el nombre de *pareatis*. En el art. 121 de dicha ordenanza se dispuso que las ejecutorias, contratos ú obligaciones recibidos de los reinos y soberanos estranjeros, por cualquier motivo no causaran hipoteca ni ejecucion en dicho reino; pero se diera á los contratos el lugar ó valor de simples promesas, y no obstante las ejecutorias recaidas, los súbditos franceses contra los cuales aquellas se hubiesen pronunciado, podrán de nuevo debatir sus derechos, cual estando íntegros, ante los jueces del país. Por la debilidad del poder central y anarquía de los parlamentos, algunos de estos negaron el pase á esta ordenanza, pero por Real declaracion de 1747, se reconoció como de derecho comun de la Francia, y subsiste hoy no obstante las disposiciones del Código civil y de procedimientos que no se han creido derogatorias de aquel principio. Quizá llevado este á mayor exageracion rige en Holanda y Bélgica, en donde se aceptaron los códigos franceses.

En España la legislacion antigua guardó un profundo silencio en la materia, pero las nociones que consigna sobre la jurisdiccion, no dejan duda alguna sobre ese principio. La práctica de acuerdo con la jurisprudencia fué la misma que en Francia, y en los demás países de Europa, ó por lo menos el Fiscal, á pesar de la diligencia que ha puesto en el escaso tiempo que ha tenido, no ha encontrado dato alguno en contrario.

En los tiempos modernos, muy poco antes de la publicacion de la ley de Enjuiciamiento civil, es cuando ya por tratados, ya por disposiciones generales, se han dictado algunas reglas en la materia, viéndose ya aparecer otro espíritu, otra tendencia que el Fiscal se cree en el caso de indicar para que el Tribunal con su mayor ilustracion pueda apreciarlas al tiempo de resolver esta cuestion.

Es indudable que la facilidad maravillosa de las comunicaciones entre las diferentes Potencias en los tiempos modernos, estrecha y multiplica las relaciones de las mismas y de sus indivíduos. Esto, al paso que disipa antipatías y estingue el espíritu de aislamiento, contrario á la civilizacion moderna, y hasta á las condiciones de la sociedad actual, aumenta forzosamente las transacciones entre los ciudadanos de los diferentes países, modificando las relaciones diplomáticas y aun jurídicas de los pueblos. Los jurisconsultos y publicistas de todas las naciones se han dividido precisamente sobre este punto interesantísimo. Quienes opinan que estas mismas circunstancias requieren mayor precaucion respecto á las relaciones jurídicas de países diversos y mas severidad todavía en la concesion de los pases para no dañar la soberanía de cada uno, y cuéntese que en este número hay que incluir á las naciones que figuran en primera línea entre los pueblos civilizados. Los otros, por el contrario, sostienen que aquellas circunstancias demandan mayor latitud y menos rigorismo, á fin de que la efectividad de los derechos que determinen los actos que pueden producirlos, multipliquen las transacciones, lo que es generalmente un beneficio. Este encuentro de opiniones, ejerce necesariamente su influjo en las disposiciones legales sobre la materia, y hasta en la jurisprudencia de los respectivos países.

Pero algo mas, mucho mas, que la sola doctrina y que los principios jurídicos y de derecho público, vemos que se tiene en cuenta por esas naciones previsoras que han estatuido en este punto. Han tenido presente para ser mas ó menos latas, en la concesion, la proximidad, la importancia relativa de las naciones, su poblacion y desarrollo fabril y mercantil, la entidad y condiciones de las transacciones recíprocas mas frecuentes, la residencia mas comun del cumplimiento de las obligaciones y la influencia que en el propio país podrian ejercer las ejecutorias de otra nacion. Asi, por ejemplo, Bélgica es mas estrícta con Francia que con los otros pueblos, y ni la reciprocidad le satisface, como sucede tambien en algunos can-

tones suizos. Esto se esplica perfectamente y revela la prevision de sus gobernantes. Nada reclama tanta precaucion como las disposiciones que determinan los efectos de las transacciones entre individuos de distintos países. Nuestro Código de Comercio, por ejemplo, requiere dos protestos en las letras de cambio para que sea eficaz la accion contra el librador ó endosantes, el de falta de aceptacion y el de pago. Las leyes francesas y de otras naciones, las mas quizá de las europeas, exigen uno solo; y de aquí resulta que en caso de insolvencia del pagador, el comerciante español es siempre el perjudicado. El propio riesgo hay en la concesion de autorizaciones de ejecutorias de Tribunales estranjeros, cuando no se somete á reglas previsoras y prudentemente calculadas.

Véase por qué despues que la legislacion francesa se estendió á diferentes reinos, y se conocieron sus efectos, tanto los países en que aquellas rigieron como otros en que se percibieron sus consecuencias, se apresuraron á estatuir sobre este punto lo que convenia á sus intereses, atendidas las circunstancias de cada nacion.

Como la materia es esencialmente de derecho misto, conviene apuntar siquiera en este lugar lo que relativamente á este punto establecen las legislaciones estranjeras que no se han mantenido en su antiguo principio, y han estatuido espresamente disposiciones en esta parte del derecho internacional.

En todas ellas sin escepcion, se ha cometido la facultad de dar ó denegar el carácter ejecutorio á las sentencias de Tribunales estranjeros á los Tribunales territoriales ó departamentales. El Código civil de Francia, en su artículo 2123, despues de estatuir la hipoteca judicial, ó sea la que tácita y legalmente nace de la ejecutoria sobre los bienes inmuebles del condenado por ella, dice así: «la hipoteca no puede del propio modo nacer de las sentencias pronunciadas en país estranjero, sino despues que hayan sido declaradas ejecutorias *por un Tribunal francés*, sin perjuicio de las disposiciones que en contrario establezcan las leyes políticas ó los tratados.» Con esta disposicion está conforme el art. 546 del Código de procedimientos en lo civil. Unicamente se exije que sea declarada ejecutoria por un Tribunal que tenga facultad de pronunciar ejecutorias.

En el Código de procedimientos de Holanda corresponden á estos los arts. 431 y 432, siendo conformes sus disposiciones.

En Bélgica se comete tambien esta atribucion á los tribunales

Reales, aunque con las restricciones casi absolutas para los pases que contuvo el decreto de 9 de setiembre de 1814 y que negó esta potestad respecto á las sentencias de los tribunales franceses, así como para los actos notariados pasados en Francia; y aun segun la decision del Tribunal de Casacion de Bruselas de 23 de julio de 1821 aquellos tribunales no pueden conceder el pase á las sentencias de los de Francia, ni aun despues de haber oido contradictoriamente á las partes con los medios respectivos.

Por este mismo principio se rigen todas las naciones de Europa, pudiendo decirse que es de derecho público europeo, sino universal, el de que las ejecutorias obtenidas en un país no tienen fuerza alguna en otro, si no la reciben por una declaracion jurídica, con conocimiento de causa, por un Tribunal Superior territorial del país en que se han de ejecutar, salvo lo que dispongan los tratados especiales.

Antilógico parecerá tal vez á algunos que en esas naciones que tan celosas se muestran, y con razon, de su independencia y respectiva soberanía, no queriendo que aparezca ni aun la sombra de su ejercicio por otras, se cometa el exámen y pase de las ejecutorias de tribunales estranjeros á los departamentales ó territoriales, y no al Supremo de cada una, el cual ofrecería todas las garantías del acierto en la defensa de la jurisdiccion del país, y de los derechos de los ciudadanos. Pero á esta objecion contesta cumplidamente la decision del Tribunal de casacion de Francia, de 19 de abril de 1819, que resolvió ser de necesidad que los tribunales á quienes se somete una ejecutoria obtenida en país estranjero revean esta y llenen en cierto modo las funciones de un Tribunal de apelacion sobre el que dictó la ejecutoria pronunciando una nueva sentencia y no dando una simple ordenanza de ejecucion. Siendo pues la cuestion del pase un verdadero juicio de revision, y como en apelacion, del fallo pronunciado por el Tribunal estranjero, no solo es procedente la jurisdiccion de los tribunales territoriales, sino que no habia posibilidad de encomendarla á otros. En efecto; en todos esos países, la facultad de casar ó anular los fallos no puede correr unida con la de decidir en el fondo las cuestiones que las motivan. Así en el caso propuesto forzosamente debia cometerse la potestad de reveer estos juicios á los tribunales que la tienen para decidir en el fondo las cuestiones judiciales, si bien con el remedio de la casacion como todos los fallos definitivos.

Veamos ahora lo establecido en España. La primera disposicion, que se dictó en la materia, aunque no general, sino particular, fué la del Tratado celebrado con Cerdeña en 30 de junio de 1851. En él todas las condiciones fueron recíprocas, teniendo por base que las ejecutorias y contratos celebrados en cada uno de los dos países serian admitidos y cumplimentados en el otro bajo las condiciones que se capitularon. Una de estas (art. 30) «fué la de que para que puedan cumplimentarse por los Juzgados ó Tribunales competentes de cada país las sentencias ó acuerdos de los del otro, deberán ser declarados préviamente ejecutivos por el Tribunal Superior en cuya jurisdiccion ó territorio haya de tener lugar el cumplimiento.» Cual se vé por esta disposicion se cometió á los tribunales superiores territoriales de la respectiva competencia el exámen de las ejecutorias de los de Cerdeña que hubiesen de cumplimentarse en España, sin intervencion alguna de este Supremo Tribunal.

Despues se publicó la ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855 cuya seccion 2.ª del título 18, part. 1.ª, comprende todo lo relativo á esta materia. Como nuestras leyes civiles nada habian estatuido anteriormente sobre este importante ramo, siendo cada dia mas necesario determinar nuestro derecho sobre él, puesto que la frecuencia de transacciones entre España y los otros países crece progresivamente, tuvieron que consignarse en esta ley los principios generales por que se habia de regir este punto ateniéndose al principio de la reciprocidad y dejando salvos los tratados celebrados ó que se celebren. Despues de estas disposiciones generales que constituyen los primeros artículos de dicha seccion, se determina la forma en que deben instruirse estos negocios, estableciéndose en el art. 926 que la ejecucion de las sentencias pronunciadas en naciones estranjeras se pedirá ante el Supremo Tribunal de Justicia el que, prévia la traduccion de la ejecutoria hecha con arreglo á derecho, y despues de oir á la parte contra que se dirija y al Fiscal, declarará aquel si debe ó no dársele cumplimiento. Los artículos siguientes de dicha seccion señalan los trámites sucesivos disponiendo el 928 que de la providencia que pronuncie el Tribunal Supremo no habrá ulterior recurso.

Lo primero que ocurre al examinar estas disposiciones es el fijar la razon legal que ha habido entre nosotros para separarnos en esta ley del derecho público europeo, que comete el conocimiento de estos negocios á los tribunales territoriales, derecho reconocido en

el tratado con Cerdeña, en el cual se establece tambien este principio. En sentir del Fiscal, los autores de la ley al formularla y el Gobierno de S. M. al aceptarla, á virtud de la autorizacion que le fué concedida, tuvieron en cuenta razones de gran peso. En primer lugar, en España existen diferentes jurisdicciones especiales, tan estensas y sin trabazon ni vínculo alguno con la comun central, fuente de todas ellas, lo que en esos países no sucede, y mucho menos en materia civil; que de adoptarse entre nosotros aquel principio resultaria que por un tribunal especial fuera éste eclesiástico, de guerra ó de otra clase, tendría que resolverse la cuestion internacional y de tuicion de la jurisdisdiccion soberana del país con olvido de todos los principios y mengua de nuestro nombre en Europa. Y esto seria tanto mas peligroso, cuanto que por efecto de nuestras circunstancias interiores, creado el fuero de estranjería por concesiones impremeditadas y por tratados que despues no han cumplido, ni podian cumplir, las naciones con quienes se pactaron, habiéndose adscrito aquel á los tribunales y juzgados de guerra, no solo se conserva sin la reciprocidad capitulada, sino que se ha hecho estensivo á los súbditos de todas las naciones, aunque con ellas no haya tratados. De esto resultaria que los pases á las ejecutorias estranjeras se acordarian por los mismos tribunales protectores de los estranjeros en la mayor parte de los casos sin intervencion ni defensa de la jurisdiccion comun del país, pudiendo V. A. calcular sus consecuencias.

En segundo lugar, esas jurisdicciones especiales, y señaladamente las de guerra, que han absorbido la de estranjería, no están sujetas al remedio de la casacion, aunque éste en su esencia sea general, y por consiguiente cometido que fuese el conocimiento de estos asuntos á los tribunales territoriales en sus distintas jurisdicciones, no habiendo casacion contra sus decisiones, no podría nunca formarse jurisprudencia cierta y uniforme mas necesaria en los negocios de derecho internacional que en ningunos otros. Radicado por especialidad el conocimiento de ellos en este Supremo Tribunal desaparece este gravísimo inconveniente.

En tercero y último lugar, no habiendo separado la ley de Enjuiciamiento civil, ni las otras especiales que admiten el remedio de la casacion, de un modo absoluto la potestad de casar y anular las sentencias de la facultad de decidir en el fondo como sucede en los otros países, en nosotros podía cometerse al Tribunal Supremo

esa revision de las ejecutorias estranjeras sin quebrantarse el principio de la segregacion de esas dos atribuciones. Lo único que sucederá es que en lugar de semejarse este remedio entre nosotros á la revision propia de los tribunales de apelacion, como declaró el de casacion de Francia, será un remedio supremo semejante á la casacion, y quizá con menos impropiedad y mas espedito curso aparte de otras ventajas que no hay para qué detallar.

El Fiscal ha creido, si no necesario, muy conveniente entrar en este exámen, cuyos datos pueden y deben considerarse como preliminares para resolver la cuestion propuesta por el Sr. Presidente y tambien para iniciar la jurisprudencia que ha de crear V. A. en la materia de mas gravedad quizá en el derecho internacional privado.

Ya se atienda á la naturaleza de las cuestiones que versan sobre si una sentencia dictada por un tribunal estranjero debe ejecutarse en España y producir los efectos legales de una ejecutoria, afectando derechos y estatuyendo obligaciones; ya se considere el lugar que en la ley de Enjuiciamiento civil se ha dado á este procedimiento especial que es en el que se trata esclusivamente de la jurisdiccion contenciosa de los tribunales; ya se consulten los trámites que la misma señala ó indica y los efectos del fallo que ha de recaer; ya, en fin, se tenga en cuenta la jurisprudencia universal adoptada en la materia, es forzoso convenir en que las cuestiones mencionadas son absoluta y esencialmente contenciosas, y por lo tanto su conocimiento ha de corresponder necesaria y esclusivamente á Sala de justicia. Esto mismo se reconoce por el Sr. Presidente; pero su duda está en si antes de abrirse la discusion contenciosa debe darse cuenta de las solicitudes que se presentan al tribunal pleno, y en este caso para qué fines. Ciertamente de los dos casos que hasta ahora han ocurrido de esta naturaleza, se ha dado cuenta al pleno, que ha acordado su pase á Sala de justicia. Pero en sentir del Fiscal esto ha sucedido, no porque el tribunal haya creido necesaria la intervencion del pleno, sino porque siendo esta novedad introducida por la ley de Enjuiciamiento civil no habia señalado turno para las Salas de justicia, y por consiguiente vinieron al pleno para que éste acordara el curso que debieran seguir. Por ello sin duda la mocion del Sr. Presidente, cuyos términos mismos resuelven la cuestion que al parecer presenta. En efecto, dice S. S. que se acuerde si estas solicitudes deben venir precisamente

al pleno, y en este caso para qué fines. Bien conoce el Tribunal que habiendo marcado la ley de Enjuiciamiento los puntos que se han de ventilar y decidir en estos negocios, todos contenciosos y de efectos en justicia, para ningun fin útil pueden venir ellos al pleno que carece de potestad en materia contenciosa, salvo los muy especiales casos en que la ley se la atribuye. Es, pues, un acto estéril, que retrasa el curso y resolucion que en algun caso pudiera ser de trascendentales consecuencias. En sentir del Fiscal, pues, estos negocios deben pasar desde luego á Sala de justicia.

Escasas son las naciones que han consignado en su legislacion reglas para proceder en esta materia, y las que lo han hecho, ha sido con tal detenimiento y circunspeccion, con tan estudiada sobriedad, que no han hecho mas que consignar el principio de la posibilidad del pase, y los Tribunales á quienes cometen esta potestad. Censúrase generalmente la escasez de disposiciones de nuestra ley de Enjuiciamiento acerca de la materia que nos ocupa, y sin embargo, puede asegurarse con toda certeza que es la ley mas ámplia, mas espresa, mas llena de detalles que se ha publicado en nacion alguna, quizá con no escasos inconvenientes. La materia es por su naturaleza propia y peculiar de la jurisprudencia, y á ella, no sin razones de gran cuenta, la encomendaron los antiguos legisladores y jurisconsultos. Pero la jurisprudencia, que carece de unidad y de estabilidad, deja de serlo, y por lo mismo deben procurarse aquellas dos circunstancias en toda jurisprudencia, y mas particularmente en este ramo, en el que de la adoptada en España depende que sean consideradas las sentencias de nuestros Tribunales en los otros países y efectivos en ellos los derechos de los españoles.

El medio único, en sentir del Fiscal, de conseguir tan importante objeto, seria el de atribuir el conocimiento de estos negocios á una sola Sala de las de España, cuando las ejecutorias hayan de cumplirse en la Península é Islas adyacentes, y á la de Indias cuando hayan de ejecutarse en Ultramar, y no someterlos á repartimiento, lo cual, lejos de ser opuesto al espíritu de la ley de Enjuiciamiento, está dentro de él y así se deduce de sus disposiciones. El Fiscal cree que este acuerdo, como de economía y órden interior, bajo cierto aspecto, pudiera adoptarlo el Tribunal, deduciéndose así de lo dispuesto en los artículos 47 y 86 de su reglamento; pero considerada la importancia de la materia se inclina á que V. A. lo someta préviamente á la aprobacion del Gobierno. Por este medio

se conseguiria el objeto sin inconveniente alguno legal, y el Gobierno tendria para resolver todas las cuestiones internacionales de su competencia que ocurrir puedan, un camino fácil y seguro para conocer la jurisprudencia admitida respecto á cada una de las naciones.

Sin embargo, como adoptado este temperamento seria necesario proveer lo conveniente hasta la resolucion de S. M., el Fiscal opina que ínterin esta recae la Sala de Indias conozca del pase de las ejecutorias que se presenten al Tribunal para su ejecucion en Ultramar, pues respecto á ella no puede haber duda en su esclusiva competencia, y respecto á las de que se pida el pase para la ejecucion en la Península é Islas adyacentes se repartan por turno entre las dos Salas de España.

Sobre la segunda cuestion que comprende la mocion del señor Presidente, el Fiscal será muy sóbrio. Los Tribunales de naciones diferentes pueden exhortarse entre sí para la práctica de actuaciones que hayan de tener lugar en aquella á que no comprenda el Tribunal exhortante como pueden hacerlo las autoridades gubernativas ó de otro órden, reclamando el auxilio que debe prestarse á la justicia siempre que ni se infrinjan en ello las disposiciones legales del país, ni se lastimen los derechos de los ciudadanos. En este punto la ley de Enjuiciamiento nada ha innovado de la jurisprudencia antigua, ni ha estatuido cosa alguna, ni por lo tanto ha cometido á este Supremo Tribunal el pase de tales actas. Así lo ha reconocido V. A. en el espediente instado por el Marqués del Duero sobre un exhorto librado por un Tribunal de Francia al Juez de Estepona recientemente. Por lo mismo bastará estar á la jurisprudencia recibida en la materia.

El Fiscal, antes de terminar este informe, dirá que cree tambien de su deber llamar la atencion de V. A. sobre un punto de grande interés. Ya lleva dicho que en el Tratado celebrado con Cerdeña se consignó el principio de que las ejecutorias de ambas naciones, para que puedan cumplimentarse por los Juzgados ó Tribunales competentes de cada país, deberian ser declaradas préviamente ejecutivas por el Tribunal Superior en cuya jurisdiccion ó territorio haya de tener lugar el cumplimiento. Espuestos lleva el Fiscal los inconvenientes de esta medida en España por la multiplicacion de fueros especiales, lo cual hace que esta capitulacion de sencilla ejecucion en Cerdeña no lo sea en España. 1.° Por la duda que surgirá

sobre si ese Tribunal Superior de que habla el art. 3.° del Tratado se entiende del fuero del Juez ó Tribunal que haya de prestar el cumplimiento: y 2.° porque no estatuyendo nuestra ley de Enjuiciamiento el recurso de casacion para estos casos ni reconociéndolos en ninguno los fueros especiales independientes de la jurisdiccion comun, jamas habria jurisprudencia reconocida y uniforme, ni seguridad de quedar garantida la jurisdiccion soberana del país.

Afortunadamente los cinco años por que se ajustó dicho tratado han trascurrido ya, y el Gobierno está en libertad completa para anunciar su terminacion ó proponer modificaciones en él. La de que á las palabras del artículo *previamente ejecutivas*, se añadan las de «por el Tribunal Supremo de Justicia en España, y en Cerdeña segun sus respectivas leyes,» es de absoluta necesidad, si este Tratado ha de estar en consonancia con nuestra legislacion posterior á él, y fundada en las particulares circunstancias del país.

Y como antes de promulgarse la ley de Enjuiciamiento civil se instruyó tambien el espediente en que fué oido este Tribunal Supremo para formar un modelo general al que se ajustasen los tratados sucesivos sobre esta materia, y para él no podia tenerse en cuenta una ley aun no formada, convendria que por el Ministerio de Gracia y Justicia se escitase al de Estado, no solo para que se provocase la reforma del art. 3.° del Tratado con Cerdeña en los términos propuestos, si no para que se tuviese presente lo espuesto en los demás que se celebren, á fin de que se ajuste aquella disposicion á lo establecido en la ley de Enjuiciamiento civil, respecto al Tribunal á que corresponde conceder ó denegar el pase á dichas ejecutorias.

Reasumiendo pues el Fiscal, opina:

1.° Que por la ley de Enjuiciamiento civil, los asuntos de que se trata son esencialmente contenciosos, debiendo por lo tanto entender de ellos esclusivamente las Salas de justicia sin necesidad de remision á ellas por el Tribunal pleno.

2.° Que para la unidad, uniformidad y consistencia de la jurisprudencia, tan necesarias para la efectividad de los derechos de los españoles en otros países y para facilitar al Gobierno de S. M. la solucion en las cuestiones que pudieran surgir de índole internacional sobre esta materia, no solo es conveniente, sino necesario, que de estos negocios conozca una Sala sola de este Supremo Tribunal, respecto á las sentencias que hayan de ejecutarse en la Península é Islas adyacentes, y la de Indias para las que se refieran á Ultramar.

3.° Que el Tribunal podria señalar la Sala de España que deba conocer de dichos negocios, y aunque no seria una traslimitacion de facultades, segun las que le atribuyen los arts. 47 y 86 de su reglamento el acordarlo por sí, convendrá lo someta á la aprobacion del Gobierno por la gravedad de la materia.

4.° Que sin perjuicio, y en el ínterin se decide el punto por el Gobierno de S. M., se haga el repartimiento señalando á la Sala de Indias todos los asuntos de esta clase que se refieran á Ultramar, y á las de España por turno las que se refieran á la Península é Islas adyacentes.

5.° Que se escite al Sr. Ministro de Gracia y Justicia para que lo haga al de Estado, á fin de que se reforme el art. 3.° del Tratado con Cerdeña en los términos que lleva propuestos, á fin de armonizar aquel con la ley de Enjuiciamiento civil y en obviacion de los conflictos que han de surgir de no hacerse esta variante.

6.° Que dicha escitacion se estienda á que la reforma propuesta para dicho Tratado se tenga presente al celebrarse otros, á fin de que materia tan grave, esté regida por una sola regla y subordinada á un solo principio, que es el fijado por dicha ley de Enjuiciamiento.

7.° Y últimamente que respecto á exhortos y demás actos de Tribunales estranjeros que no sean ejecutorias, se continúe la jurisprudencia admitida.

El Tribunal, sin embargo, con su mayor ilustracion resolverá, como siempre, lo mas acertado.

Madrid 12 de abril de 1859.

Seijas.

# DEL MATRIMONIO CIVIL

## CONTRAIDO EN FRANCIA POR DOS ESPAÑOLES.

*¿Será válido y producirá efectos legales en España el matrimonio civil contraido por dos españoles residentes en Francia, observando las formalidades que allí se exigen para la legitimidad del matrimonio* (1)?

ARTÍCULO 3.°

### Segun el derecho canónico.

I.

Conocemos ya como responden á esta pregunta el derecho internacional y nuestras propias leyes.

Veamos como responde el derecho canónico.

Inmediatamente que de un principio, de una ley, de una doctrina se deduce una consecuencia inmoral, debe afirmarse que ese principio, esa ley ó esa doctrina, no lo son realmente de la Iglesia católica.

La infalibilidad de este superior criterio se siente á medida que se profundiza en el estudio del derecho canónico y en el de la filosofía de la historia.

La Iglesia, depositaria y propagadora de la doctrina y de la moral purísima del cristianismo; la Iglesia, asilo de las letras y de las ciencias en la edad media; la Iglesia, que ha inoculado en la vida de los pueblos los principios de nuestra gran civilizacion y los gérmenes de su futuro desarrollo; la Iglesia, que, por medio del amor, ha alcanzado lo que apenas pudo conseguir la poderosa Roma, con el rigor de su derecho estricto—la unidad de los indivíduos en la familia;—la Iglesia, que ha ennobleciendo á la mujer, condenando el libertinage y anatematizando la bigamia; la Iglesia, que ha procurado siempre hacer prevalecer en el tiempo el principio de familia sobre el principio individual y el interés universal sobre el interés na-

(1) Véase las páginas 133 del tomo XV y 46 del presente.

cional, no ha admitido, ni admitirá ciertamente, jamás doctrina contraria á la moral; porque es la moral, la inmoble base sobre que pesa y pesará hasta la consumacion de los siglos su grandeza divina.

Entremos, pues, con confianza á estudiar esta cuestion en el terreno del derecho canónico.

Y si un principio universal de justicia, si un supremo interés de civilizacion, si una gran razon moral—como hemos visto—ha obligado á los Estados á proclamar la validez de los matrimonios contraidos por estranjeros segun las formalidades establecidas en el país en que residen, aseguremos sin temor de equivocarnos desde luego que esta es tambien la doctrina de la Iglesia, que abundancia de razones y de autoridades no han de faltarnos para sustentar esta tésis.

## II.

El estado civil de las personas no depende en Francia de la religion que profesan; ni la fuerza del matrimonio del Sacramento, sino del contrato.

La ley de 20 de setiembre de 1792, ley que ha sido siempre allí respetada, lo mismo en los dias turbulentos de la revolucion que en los gloriosos del consulado y del Imperio, así en la restauracion de 1814 como bajo la dinastía de 1830, tanto durante la República de 1848 como bajo el actual Imperio, secularizando el derecho rompió el estrecho lazo que unia las instituciones civiles y religiosas.

Desde entonces la forma del matrimonio en Francia es la forma del contrato civil. Y la Iglesia misma ha aprobado esta solucion.

Cuando el culto católico se restableció y se fijaron de nuevo las relaciones entre la Iglesia y el Estado, cuando el génio que presidia entonces los destinos del pueblo francés celebró el concordato, la cuestion del matrimonio, como cuestion mista en que estaban interesados la Iglesia y el Estado bajo distintos aspectos, fué considerada como una de las que debian resolverse poniéndose de acuerdo ambas potestades. La ley civil que secularizó el matrimonio alcanzó entonces una confirmacion espresa por parte de la Iglesia. En efecto el artículo 54 del concordato vino en admitir que los párrocos *no darian la bendicion nupcial á los que no justificasen en buena y debida forma haber contraido* MATRIMONIO *ante el oficial del estado civil.* De modo que *matrimonio* y matrimonio celebrado en debida forma es,

segun el concordato estipulado entre S. S. Pio VII y el emperador Napoleon, el contraido en Francia civilmente.

Un ilustre jurisconsulto, á quien ya hemos citado, Portalis, que tanta influencia tuvo en aquella época, en la organizacion civil y eclesiástica de la Francia, como consejero de Estado y orador del Gobierno defendió el principio de que á la sociedad correspondia arreglar los matrimonios; que era un derecho de todos los pueblos y de todos los gobiernos, que este derecho les era esencial é inherente; y que aunque el matrimonio no era ajeno á la religion, que lo dirigia por su moral y lo bendecia por su sacramento, las reglas de la moral cristiana no eran un principio de jurisdiccion para la Iglesia, porque á serlo, seria necesario decir que la Iglesia tenia el derecho de gobernarlo todo, pues que tiene una moral universal que á todos se estiende, y para la que ninguna de las acciones humanas es indiferente.

Ninguna oposicion, sin embargo, hizo el Papa á estas doctrinas: respecto al matrimonio, sus únicas observaciones se referian á que se suprimiese el divorcio. Y no se crea que Roma cedió entonces á la presion de las circunstancias, porque si así hubiera sido, ocasiones ha tenido despues para obtener una reforma favorable á sus miras. Además, de que no es en Francia solo en donde ha dejado prevalecer la secularizacion del matrimonio, sino tambien en Bélgica, en Prusia, en las provincias del Rhin y en Austria hasta que se celebró el último concordato.

Resulta de lo espuesto que el matrimonio canónico que en Francia se celebra, bien sea entre nacionales ó bien entre estranjeros, no puede producir efectos civiles: es una deuda que los contrayentes deben á la religion, pero no á la ley. Y consecuencia de esto es que las funciones de los párrocos son puramente sacerdotales, que no pueden espedir documentos fehacientes de los matrimonios en que intervienen y que los registros del estado civil son los únicos que sirven de prueba de los matrimonios contraidos. La Asamblea constituyente consignó este principio en los términos siguientes: el poder legislativo establece para todos los habitantes *sin distincion* el modo de hacer constar los matrimonios, nacimientos y defunciones y designa á los oficiales públicos que reciben y custodian las actas. Esta disposicion fué completada por el decreto de la Asamblea legislativa de 20 de setiembre de 1792, que lleva por epígrafe *ley sobre el modo de hacer constar el estado civil de los ciudadanos*: en el cual

se prohibió de un modo terminante llevar otra clase de registros, quedando desde entonces para este fin legalmente incapacitados los párrocos; y para que no cupiera la menor duda acerca del particular, vino despues la ley de 7 de vendimiario del año IV prohibiendo, bajo severas penas, dar el menor crédito á sus atestados.

Es, pues, indudable que la Iglesia espresamente ha venido á reconocer la fuerza y eficacia del matrimonio civil que en Francia celebran nacionales y estranjeros.

Si esta doctrina se impugna, y la legitimidad del matrimonio civil allí celebrado por los españoles se niega ¿qué medio quedaría á los esposos de borrar la fea nota de amancebados que imprimiria entonces sobre su frente el derecho pátrio? Triste é inaudito es decirlo, ninguno. En vano seria que despues del contrato civil tuvieran la precaucion de recibir la bendicion religiosa, porque los tribunales españoles,—en la hipotésis que examinamos—no podrian admitir la validez de su enlace. Los documentos que ante los mismos presentaran espedidos por los oficiales del estado civil para acreditar la celebracion del matrimonio, inútiles son desde el momento que se niega en España la validez del contrato. Las certificaciones y los atestados que contra la ley, y sin autoridad de la ley los párrocos franceses pudieran suministrarles, los principios rudimentarios del derecho, las leyes de la lógica y la misma razon natural condenan que puedan servir para probar en España lo que no sirven para probar en el país en que han sido espedidos. De modo que los españoles casados en Francia, tanto los que solo han contraido matrimonio civil, como aquellos que han recibido la bendicion eclesiástica—segun la doctrina que combatimos—no serán considerados nunca como esposos legítimos en España, los primeros por nulidad intrínseca del contrato civil; los segundos, por falta de prueba del matrimonio canónico.

A tal estremo conduce el negar la validez en España de un matrimonio cuya legitimidad declaran las leyes francesas.

## III.

Los escritores de derecho internacional, siguiendo las huellas de los juriconsultos romanos, distinguen en los actos civiles, la sustancia y la forma, y dividen las solemnidades en *internas* y *esternas* ó *intrínsecas* y *estrínsecas*. Las internas ó intrínsecas son las que pertenecen á la esencia de los actos y comprenden la capacidad de

las partes y su consentimiento y el objeto y los efectos de los mismos actos: se refieren al estatuto real y personal, de modo que el acto en que estos estatutos se hayan cumplido podrá considerarse perfecto con arreglo á las solemnidades intrínsecas.

Las solemnidades esternas ó estrínsecas se refieren por el contrario al estatuto formal y ordenan las formas que sirven de garantía á todos los actos de la vida civil de los hombres. Estas solemnidades es un principio incuestionable de derecho que se rijan por las leyes del país en que han pasado los actos á que se refieren, y así son auténticos y tienen fuerza en todas partes, aun en los mismos Estados en que para esos actos hay establecidas formas diferentes.

En España la forma del matrimonio es la canónica, esto es, debe verificarse ante el párroco y testigos. De aquí la importancia—que no tratamos de disminuir—de la cuestion siguiente.

La bendicion del párroco en el matrimonio celebrado entre católicos ¿constituye la esencia del matrimonio? En otros términos ¿es una solemnidad interna ó esterna, intrínseca ó estrínseca? O lo que es lo mismo, adoptando la forma escolástica ¿es el párroco ó son los contrayentes el ministro del Sacramento?

Apresurémonos desde luego á consignar que la Iglesia nada ha resuelto acerca de este punto. *Jam quod spectat ad materiam, formam et Ministrum sacramenti matrimonii, theologi disputant, Eclesia silet,* dice Domingo Caballari. Y asi ha sido en efecto. Benedicto XIV *en el capítulo 13 de Sinodo diocœsanâ* espresamente manifiesta que esponia los fundamentos de las opiniones que existian acerca de si los contrayentes ó el párroco eran ministros del Sacramento, no con ánimo de que se adoptase la una ó la otra, sino para que los Obispos se persuadiesen que las dos eran probables y conociesen la autoridad de que gozaban sus patronos, y añade *atquè inde non dicere discant ut ipsi judicis partes assumant, quœstionemque definiant, de quâ Eclesia nihil hactenús pronunciavit, sed theologorum disputationes permisit.*

La Iglesia, pues, los cánones y los concilios nada han resuelto espresamente acerca de la materia: no han declarado si el párroco ó los contrayentes son los ministros del Sacramento, ó lo que es lo mismo, su esencia: la cuestion, no es por lo tanto de derecho constituido: no se trata de fijar y aplicar el testo de los cánones, sino de pesar y apreciar las razones que *en pró* de una y otra opinion se alegan, y el número y calidad de los escritores que á uno y otro

lado se inclinan; no es una cuestion exegética, sino puramente una cuestion de crítica.

Examinémosla bajo este punto de vista.

El mas distinguido de los teólogos que sostienen que el párroco es el ministro del Sacramento, es sin duda Melchor Cano, y sin embargo, no puede menos de confesar que la opinion contraria es la generalmente seguida, la que goza mas autoridad y la que cuenta en su apoyo el número mayor de espositores. *Si ex auctoritate*—dice—*et número scholasticorum pugnandum hic foret, vinceret haud dubiè opposita sententia.*

Este mismo hecho y la casi unanimidad de los comentadores del derecho canónico en negar que la presencia del párroco es la esencia del matrimonio, lo ha reconocido tambien la Santidad de Benedicto XIV. En la misma obra que antes hemos citado á este propósito, dice: *doctrina á Vigorio propósita* (la de que el párraco es ministro del Sacramento) *paucos habuit sectatores*, y luego añade, *nullus inficiabitur communionem esse contrariam aliorum opinionem, qui constanter defendunt solos contrahentes esse ministros sacramenti matrimonii, quos proinda necesarió ab illis confici docent, simul ac validum inter se ineunt conjugii contractum* (1).

Si se atiende al número y á la autoridad de los escritores, la cuestion, como acabamos de ver, está resuelta.

Presentemos ahora las razones en que apoyan su dictámen los autores citados. Afortunadamente la tarea es fácil porque un distinguido teólogo y canonista, el padre jesuita Tomás Sanchez,—que solo sobre el matrimonio escribió tres tomos en fólio, en los que se encuentran espuestas todas las opiniones y disputas que se han originado acerca de este sacramento—las ha condensado magistralmente en su erudita obra.

«Debe tenerse como asentado,—dice este ilustre teólogo—que nunca el párroco fué, *ni aun despues del concilio Tridentino*, ministro del Sacramento del matrimonio, sino que los mismos contrayentes son los ministros que lo celebran, por lo que antes de aquel concilio, el matrimonio clandestino fué verdadero sacrammento. Y esto se prueba:

(1) Vazquez, Sanchez, Teofilo Rainaud, Trassen, Laurrea, Gottus, Van-espen, Simonet, Boncat, Merbeines, Pontas, Belarmino, Suarez, Enriquez, Bartolomé Ledesma, Pedro Ledesma, Luis Lopez, Vega Vivaldo y Manuel Perez, sostienen que los contrayentes son los ministros del Sacramento.

1.° Porque siendo el matrimonio un contrato cuya naturaleza no mudó Jesucristo, sino que tan solo elevó á Sacramento, sigue la naturaleza de los demás contratos, que consiste en que los contrayentes se liguen por el mútuo consentimiento, sin que otro fuera de ellos mismos haga el contrato.

2.° Porque antes del concilio Tridentino, los matrimonios clandestinos eran verdaderos matrimonios *ratos*, como los define el mismo concilio en la *sesion 24, capítulo 1.° de matrimonio*, y por consiguiente verdaderos Sacramentos; por lo que en el capítulo 4.° de divorcio, versículo *nam si matrimonium*, no se llama *rato* el contraido por infieles porque no es Sacramento.

3.° Porque las palabras del párroco no son la esencia del matrimonio, el cual existe aun omitidas aquellas, y por consiguiente el párroco de ninguna manera es ministro, porque el que lo sea por necesidad ha de proferir algunas palabras por las cuales el Sacramento se confiera.

4.° Porque en otro tiempo la Iglesia conocia de los matrimonios clandestinos, y esto prueba que eran Sacramentos; porque si fueran contratos profanos, conociera de ellos el juez seglar.

5.° Porque el Concilio Tridentino, al hablar de Sacramentos y latamente esplicar los ministros de otros Sacramentos, calla el del matrimonio.»

La sencillez, claridad, concision, órden y fuerza de estos razonamientos hacen innecesaria en nuestro concepto toda ampliacion.

## IV.

La cuestion que acabamos de examinar, acerca de la cual nada espresamente tiene establecido la Iglesia, la ha resuelto, sin embargo, en el terreno práctico á favor de la opinion por nosotros sustentada, pues que esplícitamente ha declarado válidos diferentes matrimonios celebrados contra la voluntad del párroco, y aun sin su presencia.

Entre los diferentes casos que con este motivo pudiéramos citar, escojerémos solamente algunos, por no dilatar demasiado este trabajo.

Desde luego debe merecer nuestra preferencia, porque es sumamente á propósito para demostrar que la presencia del párroco corresponde á la clase de los actos formales del matrimonio, un hecho

que se ha repetido en los países donde el Concilio de Trento se ha promulgado, y que ha dado motivo á diferentes declaraciones de la Congregacion de Cardenales de interpretacion de dicho Concilio. Aludimos al acto de sorprender al párroco los contrayentes en presencia de testigos, y allí manifestar su intencion de contraer matrimonio. Si esto sucede, aun cuando el sacerdote permanezca silencioso, aun cuando manifieste que se opone, aun cuando proteste que no quiere celebrar semejante enlace, siempre que los testigos oigan las palabras de los contrayentes, que espresan su voluntad de ser esposos, y el párroco esté presente, *el matrimonio, canónicamente considerado, queda perfecto.*

¿Cómo puede esplicarse esta doctrina, incuestionablemente recibida por la Iglesia, sin convenir en que el párroco no es el ministro del Sacramento, ni es su bendicion lo que constituye la esencia del contrato? ¿Es posible sostener que contra la voluntad del párroco, y á pesar de sus protestas, el matrimonio se verifica, y al propio tiempo que la bendicion y las palabras sacerdotales son la esencia del matrimonio? La razon natural por sí sola dicta que estas dos proposiciones son antinómicas. Es preciso decidirse por la una ó por la otra, ó afirmar que el matrimonio celebado sorprendiendo al párroco es nulo, ó que el párroco no es el ministro del Sacramento. Las dos no pueden armonizarse.

Ahora bien, en tanto que, como hemos visto, la Iglesia ha callado quién es el ministro del Sacramento, ha sido esplícita en declarar que son válidos los matrimonios contraidos sorprendiendo al párroco. Así lo ha manifestado, segun consta de las anotaciones de Gallemart, la Congregacion de Cardenales para la interpretacion del Concilio: «*Congregatio Concilii censuit matrimonium coram parochô et testibus contractum, nisi aliud obstet, validum esse, quamvis parochus invitus interfuerit et aliâ de causâ quam ut matrimonio interesset á contrahentibus accesitus fuerit, cùm tamèn ad actum matrimonii verè et formaliter fuerit adhibitus.*» De esta manera la Iglesia ha venido á resolver prácticamente una cuestion que ha querido dejar intacta en el tereno doctrinal.

Mayor importancia tiene, á nuestro propósito, otra interpretacion de la misma Congregacion, en la que se declara que en los mismos países en donde se observa el Concilio de Trento puede haber casos en que valga el matrimonio sin la asistencia del párroco. «*Si verò parroquia in quâ fuit aliquandò observatum decretum,*

*propiô parochô careat; et Cathedralis itidèm Episcopo et capitulo habentibus á conciliô facultatem alium sacerdotem ad id diligendi; nullusque alius ibi sit, qui vices parochi, aut Episcopi suppleat, matrimonium valet absque præsentia parochi, servatâ tamen in eo, in quo potest formâ concilii, nempè adhibitis saltem duobus testibus.»*

Por último, dos infieles contraen matrimonio con arreglo á la ley de su país y sus ritos religiosos: mas tarde se convierten. ¿La Iglesia declara nulo su matrimonio? ¿Les obliga á casarse segun la forma del Concilio? Ni lo uno ni lo otro. Al contrario, el respeto á los vínculos contraidos, á la legalidad y validez de los matrimonios celebrados con buena fé y con las legales formas que se observan en los pueblos, aunque sean infieles, lo ha llevado la Iglesia tan allá, que muchos y distinguidos teólogos sostienen, que en el acto de recibir el bautismo los esposos infieles, el contrato antiguo es elevado á la dignidad de Sacramento. Si la esencia del matrimonio canónico fuera la presencia del párroco, ¿podrian nunca ser válidos esta clase de matrimonios? Ciertamente que no. Por eso repetimos que prácticamente ha prevalecido en la Iglesia la doctrina de que el párroco no es el ministro del Sacramento, sino un testigo calificado.

## V.

En cuantos libros de derecho canónico se habla de matrimonio, se encuentran poco mas ó menos estas palabras: *dividitur matrimonium in legitimum, ratum et consumatum.* Y á continuacion de ellas se esplican estas tres especies de matrimonio. Es legítimo, y llama legítimo por antonomasia la Iglesia el que se contrae con arreglo á las leyes de un país, pero sin intervencion eclesiástica. *Secundum gentium leges contrahitur cum solo naturali consensu, caret Eclesiæ auctoritate*; que dice Devoti, autor ultramontano, cuyas doctrinas no pueden parecer sospechosas en la materia.

Es rato, el celebrado segun las reglas de la Iglesia cuando aun no se ha verificado la union de los cuerpos. *Quod contrahunt fideles ex regulis Christianæ religionis; et est quidèm ratum, donec conjugum corpora commixta non sunt.*

Se dice el matrimonio consumado cuando esta union tiene lugar: *Cum hæc accessit maritalis conjuctio matrimonium consumatum efficitur, ac significat conjunctionem Christi cum Eclesia, cujus conjunctionis causa perfectum et consumatum dicitur.*

De esta division de la materia matrimonial se deduce que la Iglesia para llamar y declarar nulo un matrimonio, necesita que no sea *ni legítimo, ni rato, ni consumado*. Todo el que reuna uno de estos tres caractéres, que lleve con propiedad uno de estos tres nombres, es para ella un verdadero, un válido matrimonio. Reconoce ciertamente diferencia entre ellos, pero los iguala en la fuerza que les concede y en los efectos civiles que producen. La Iglesia ha nacido dentro del Estado, no el Estado dentro de la Iglesia; y de aquí que no pueda menos de aclamar como legítimos, válidos, verdadera y civilmente perfectos los matrimonios que se contraen segun las leyes civiles de los pueblos, aunque en el acto no intervenga autoridad alguna eclesiástica. La doctrina contraria pone en pugna abierta el derecho público con el derecho canónico, arma al Estado contra la Iglesia, lleva una perturbacion profunda á la familia y á la sociedad.

El entendimiento humano no concibe bien todo el escándalo que se produciria si en un país autorizase la ley la celebracion de cierta clase de matrimonios, conforme con los principios del derecho natural, y estos matrimonios se verificasen bajo su salvaguardia, y luego la Iglesia los declarase nulos, viniendo así arrebatar á los cónyujes la honra y á los hijos una legitimidad, que es un efecto civil, que habian adquirido en virtud de las leyes de su pátria. Absurdo semejante, ni lo ha sostenido la Iglesia, ni aventurado escritor alguno piadoso.

## VI.

Un distinguido canonista contemporáneo español, en un libro que como texto se estudia en casi todas nuestras Universidades, hablando de la celebracion del matrimonio, dice (1) que «la solemnidad prescrita en el Concilio de Trento, no es necesaria en los reinos en que no está admitido, pero que serán nulos los matrimonios de las personas que viviendo en país en que los matrimonios se celebran segun las formalidades por él establecidas, se trasladen á otro para eximirse de ellas.»

No admitido en Francia el Concilio, y concretándose la cuestion

(1) Aguirre, *Curso de disciplina eclesiástica general y particular de España.*

que veníamos examinando á españoles que de antemano en Francia residian, sin ser su ánimo al trasladarse allí eximirse de cumplir con las formalidades tridentinas en la celebracion de su matrimonio, dicho se está que la validez del matrimonio civil que defendemos, cuenta tambien en su apoyo con la opinion del canonista español mas estudiado en nuestros dias.

Oportuno lugar es este, ya que no de dilucidar estensamente—que no lo permite la índole de este trabajo—de plantear al menos otra cuestion canónica, á que dá ocasion la circunstancia que acabamos de consignar, de no haber sido recibido en Francia el Concilio de Trento.

Las leyes de la Iglesia, lo mismo que las de los Estados se derogan por la promulgacion de otras leyes que disponen lo contrario que las primeras, ó que las modifican.

Las eclesiásticas tienen, sin embargo, la especialidad de que para que obliguen en un país es necesario el consentimiento ó *pase* de la autoridad temporal y su oficial promulgacion en las diócesis. Este consentimiento, *pase ó regium exequatur* y la oficial promulgacion en las Iglesias, es lo que no ha logrado alcanzar en Francia el Concilio Tridentino. De aquí que cuanto dispone acerca del matrimonio no tiene allí existencia legal, de aquí que el Concilio de Trento no es la disciplina de la Iglesia francesa, de aquí que no hayan sido derogados en Francia los antiguos cánones sobre el matrimonio, y de aquí que con arreglo á ellos, y no con arreglo al Concilio, debería en su caso examinarse la fuerza del matrimonio de que tratamos bajo el aspecto pura y esclusivamente canónico—en la hipótesis que negamos,—que bajo este aspecto hubiera de resolverse la cuestion.

Los esponsales, segun la antigua disciplina, que derogó en los países en que fué admitido el Concilio de Trento, pero que hoy seria, en caso, la única canónica vigente en Francia, donde no fué admitido, pasan por la cópula á hacerse matrimonio consumado, en tanto grado que no puede disolverse por la profesion religiosa. Así fué declarado por los Pontífices Alejandro III y Gregorio VII en *el capítulo* 15 *y* 30 *de sponsalibus* y en el 8.° de *dispensatione impuberum*, y así resulta tambien de los *capítulos* 7.° *y* 14.° *de las decretales de conversione conjugum*. Ahora bien, ¿quién se atreverá á negar al matrimonio civil la fuerza—cuando menos—de un contrato de esponsales? Para la ciencia del derecho internacional privado, para todos los juriconsultos y publicistas modernos, para los Estados

de Europa; el matrimonio civil es un verdadero matrimonio ¿para la Iglesia, no tendrá siquiera el carácter de una promesa de futuras nupcias? Pues entonces—segun lo que dejamos consignado—siempre que al matrimonio civil se siga la consumacion, con arreglo al derecho canónico vigente en Francia, será válido y perfecto, toda vez que los cónyuges hicieron vida comun, y que conforme á las doctrinas de la Iglesia, aquel matrimonio civil pasó por la cópula á hacerse verdadero y consumado matrimonio eclesiástico.

## VII.

No es, sin embargo, este el aspecto bajo el cual el derecho canónico, los teólogos y la Iglesia juzgarian el matrimonio, cuya fuerza aspiramos á conocer. Si en este terreno hemos colocado la cuestion ha sido mas bien con el ánimo de hacer ver que por todas partes se presentan razones, doctrinas y autoridades que abonan la virtualidad de la doctrina que sustentamos, que corroboran la fuerza del matrimonio civil.

Hemos visto que el derecho canónico llama por antonomasia legítimo el matrimonio que se celebra con arreglo á la ley civil sin intervencion de la autoridad eclesiástica, y ahora para completar esta materia, para que se conozca hasta qué punto ha llevado la Iglesia su respeto al derecho constituido de los pueblos, para que se aprecie su tolerante y civilizador espíritu, para que tenga confirmacion lo que al comenzar este artículo decíamos, nos proponemos demostrar—á algunos ha de parecer difícil—que en los países donde el Concilio de Trento no ha sido recibido, como sucede en Francia, el matrimonio civil, el matrimonio clandestino, no solamente es para la Iglesia un legítimo contrato, sino lo que es mucho mas, un matrimonio *rato*, un verdadero matrimonio canónico.

Muchas y respetables autoridades pudiéramos citar en apoyo de esta doctrina, clásica entre los mas distinguidos canonistas y teólogos, encarecida por aquellos que han exagerado la supremacía de los cánones sobre las leyes, de la Iglesia sobre el Estado, y del Pontífice sobre la Iglesia. Una sola invocarémos, que vale por todas, la del P. Sanchez, porque en su tratado *de matrimonio* cita los nombres y las obras de todos los autores que se han ocupado en tan interesante punto.

¿El matrimonio contraido sin la asistencia del párroco y testigos

en los países donde no rige el Concilio de Trento por los moradores de otros países en que obliga, es válido (1)?

Así formula la cuestion el ilustre jesuita.

Veamos cómo la resuelve.

En su concepto, la solucion de esta dificultad depende del modo de plantear, entender y resolver la siguiente cuestion preliminar: ¿están obligados los estranjeros á observar las leyes y las costumbres de aquellos lugares por donde transitan? Una multitud de teólogos, canonistas y jurisconsultos, cuyos nombres cita el P. Sanchez, responden afirmativamente. *Quia bonum civitatis publicum postulat ut uniuscujusque oppidi consuetudines observentur, tam ab incolis quam á peregrinis, dum in eo sunt.* Varios pasajes de San Agustin, adagios forenses y algunas leyes del Digesto y de las Partidas son el fundamento de sus doctrinas. Verdad es que hay otros escritores, que el P. Sanchez tambien enumera, que por el contrario sostienen que los estranjeros no están obligados á observar las leyes del país por donde pasan. Pero aun entre los que así opinan, esta regla general tiene varias escepciones, y una de ellas es que en cuanto á *las solemnidades de los actos* deben ajustarse siempre los estranjeros á las leyes del país donde se encuentran: «*Hæc sententia, ut non teneantur peregrini legibus et consuetudinibus loci per quem transeunt, triplicem patitur esceptionem. Prima est quod ad contractuum solemnitatem, nam quicumque forenses et peregrini tenentur servare solemnitates in contractus requisitas legibus et consuetudinibus oppidi in quo contrahunt: ratione enim contractus quilibet forum sortitur in loco contractus.*

De manera que tanto los autores que sostienen que los estranjeros están sujetos á las leyes del país por donde viajan, como los que llevan la doctrina contraria, por las escepciones que hacen de la regla general, vienen á convenir en que el matrimonio civil contraido por españoles residentes en Francia, con arreglo á lo que dispone el Código Napoleon, es válido, y firme bajo el punto de vista del derecho canónico.

Esto, entre otras cosas, demuestra que el derecho internacional privado no es tan moderno como algunos se figuran. Hijo de una necesidad social, ha existido desde que ha habido relaciones entre

---

(1) Cuestion XVIII, lib. 3.°, *De consensu clandestino.*

los pueblos: al estudiar la historia, se descubre que sus principios han sido aplicados en los tiempos antiguos y en la edad media. Nosotros hemos reunido sus elementos, estudiado sus leyes y formado un cuerpo de doctrina; pero el derecho existia, tenia vida propia y era respetado por los pueblos antes de que la ciencia le imprimiera su carácter, no de otra manera que el derecho natural existia antes que Grocio y Puffendorff lo esplicaran. Su forma es nueva; pero su materia es obra de los siglos.

La Iglesia, por lo menos respecto al matrimonio, clara, espresa, terminantemente, desde el siglo XIII, ha adoptado el principio inconcuso de derecho internacional privado: *locus regit actum*. Las Decretales de Gregorio IX en el libro de *Sponsalibus et matrimonio* ponen como primer capítulo una disposicion conciliar que verdaderamente no tiene precio para los que sostenemos la validez en todos terrenos del matrimonio civil. La rúbrica del capítulo por sí sola, *Matrimonium consensu contrahitur, nec invalidatur si consuetudo patriæ non servetur*, revela el espíritu de la Decretal: sus términos son tan importantes que no podemos resistir al deseo de insertarla íntegra. *De Francia quidam nobilem mulierem de Saxonia, lege Saxonum duxit in uxorem: verum quia non eisdem utuntur legibus Saxones et Francigenæ, causatum est, quod eam non sua, id est Francorum lege desponsaverit, vel acceperat, vel donaverat, dimisaque illa aliam superduxit. Disponuit super hoc Sancta Synodus ut ille transgressor evangelicæ legis subjiciatur pœnitentiæ et á secunda conjuge separetur et ad priorem redire cogatur.*

Este caso es igual al que motiva estos artículos: el Concilio decidió la cuestion por el principio *locus regit actum*: rechazó la doctrina de que para la celebracion del matrimonio debia prevalecer el *estatuto personal*: declaró que el que habia contraido matrimonio, no con arreglo al derecho canónico, sino al derecho civil de los Sajones, estaba legítimamente casado, y que la Iglesia tenia por válido su matrimonio; y convino en que el que, con pretesto de no haber celebrado el primer enlace con arreglo á los cánones, pasaba á segundo matrimonio, era bígamo, y que para ejemplo de los cristianos debia hacer penitencia, y para satisfacer á la moral, á la santidad del matrimonio y á las leyes divinas y humanas, ser separado de la segunda mujer y hacer vida conyugal con la primera.

¡Hasta este punto, hasta dar preferencia al matrimonio civil sobre el matrimonio eclesiástico, siendo aquel anterior, ha llevado

la Iglesia su gran espíritu, su respeto á la moral universal, su consideracion á las leyes nacionales!

Por último, todavía es mas notable, porque siendo posterior al Concilio de Trento, debe sellar los lábios á todo el que impugne la legitimidad del matrimonio civil contraido en Francia, y aun al que pretenda negar al mismo el carácter de *rato*, es decir, de matrimonio eclesiástico, la declaracion pontífica de Benedicto XIV, que consigna que en los países en donde el Concilio de Trento no ha sido promulgado, los matrimonios clandestinos son matrimonios verdaderos y *ratos*: *Matrimonia clandestina vera ac rata esse in locis in quibus prœdictum decretum nunquam fuit promulgatum.*

Esta es la ley de la Iglesia católica, esta su sublime moral. Una y otra demuestran que el matrimonio civil celebrado por dos españoles residentes en Francia, observando las solemnidades que allí se exigen para la validez del contrato, considerado con absoluta abstraccion de los tratados y de las doctrinas de los escritores de derecho internacional privado, y de las leyes civiles españolas y francesas, y solo apreciado bajo un punto de vista esclusivamente canónico, es un matrimonio verdadero, legítimo y *rato*.

**Alejandro Groizard.**

# DERECHO ADMINISTRATIVO Y CANÓNICO.

## DE LA PRIVACION DE SEPULTURA ECLESIÁSTICA.

### DICTÁMEN

*emitido por el Fiscal de la Cámara del Real Patronato.*

El Ministro fiscal dice: Que por el Ministerio de Gracia y Justicia se pide con urgencia informe á la Cámara con motivo de una comunicacion del Ministerio de la Gobernacion del Reino remitiendo un espediente en que aparece que el párroco de...., diócesis de....., se negó á dar sepultura eclesiástica al cadáver de D. B. L. C.

Ante todas cosas, conviene fijar con claridad y precision los hechos tales como constan en el espediente. D. B. L. C. falleció el dia 23 del último febrero, segun dice el alcalde de..... en comunicacion que en el mismo dia dirigió al Gobernador de la provincia. En ella dice, que cuando se participó al párroco el fallecimiento, contestó que no podia dar sepultura eclesiástica al finado sin permiso del diocesano, y que igual contestacion dió de palabra al que le entregó un oficio que el mismo alcalde le dirigió acerca del particular. Añadia que las razones en que podria fundarse el párroco eran que hacia años que D. B. L. C. no cumplia con los preceptos de la Iglesia, y que como podia suceder que el Prelado confirmase la denegacion de sepultura, consultaba al Gobernador esperando su resolucion que seria muy conducente para evitar que los numerosos parientes del difunto, que son los principales de la villa, se concitaran contra el cura produciendo funestos resultados. El Gobernador con fecha del 25 contestó al alcalde que si al recibo de la órden no hubiese tenido lugar el enterramiento, invitara al párroco en nombre de su superior autoridad á que lo hiciera; pero en el caso poco probable de persistir en la negativa, dispusiera que sin demora se verificara el enterramiento en el sitio en que lo reciben los demás fieles, y que si por un lamentable incidente lo hubiera sido en otro lugar, se exhumara el cadáver con las formalidades necesarias y se trasladara al cementerio comun. Ordenaba al propio tiempo el Gobernador al alcalde que en el caso

de insistir el párroco en su negativa instruyera y remitiera el oportuno espediente gubernativo en que se consignaran y justificaran los hechos.

Con la misma fecha se dirigió el Gobernador al R. Obispo de....., trasladándole el oficio del alcalde y la contestacion que le daba, añadiendo que confiaba en su ilustracion y sentimientos religiosos que diera al insólito proceder del párroco de..... la apreciacion que merecia, no solo en sí misma, sino por la deplorable trascendencia que podian tener hechos de esta naturaleza, en concepto de que si bien prevenía la formacion de un espediente gubernativo para el esclarecimiento de los hechos, no por esta circunstancia escluía la reparacion pastoral que competía al Prelado, y que siendo satisfactoria miraría como el único remedio.

El Prelado en el dia 26 contestó á la comunicacion de que acaba de hacerse referencia, remitiendo copias de la comunicacion que habia recibido con fecha 23 del cura de....., y la contestacion que en el dia siguiente 24 le habia dado. La comunicacion del párroco decia que se habia puesto en su noticia por el alcalde el fallecimiento de D. B. L. C., sin decir cuándo ni de qué manera, pues nadie entraba en su casa; que en los 22 años que residia él en la villa no habia el finado dado muestras ningunas de cristiano, porque ni habia asistido á la Iglesia, ni habia cumplido con el precepto pascual, y que era público que estaba siempre vertiendo doctrinas impías é irreligiosas, segun todo el pueblo deponia unánimemente. Concluía diciendo que por lo manifestado y muchísimo mas que pudiera añadir nada podia resolver en cuanto á entierro y sepultura eclesiástica, hasta que el Prelado decidiera sobre el particular. La contestacion que dió el diocesano á esta comunicacion fué que siempre que el cura le hubiese amonestado alguna vez á cumplir con los deberes de cristiano, y por otra parte no le constara que antes de morir hubiese dado señales de arrepentimiento y manifestado deseos de recibir los Santos Sacramentos como cristiano, se estaba en el caso de negarle la sepultura eclesiástica, *pues la Iglesia solo concede este derecho á los que mueren como hijos suyos*. En la citada comunicacion de 26 de febrero concluía el Prelado diciendo al Gobernador, que el párroco de..... no podia obrar de otra manera, y que él tomaba sobre sí la responsabilidad como de cualquier otro incidente de la misma naturaleza que pudiera ocurrir, como ocurririan con mayor frecuencia

si el ministerio pastoral fuera contrariado en vez de ser protegido por las autoridades públicas.

Con fecha del 25 el alcalde de..... ofició de nuevo al Gobernador de la provincia, diciendo que estrajudicialmente sabia la negativa del diocesano, y que por esta causa ó por otra los parientes del difunto le reclamaban el cadáver para sepultarlo en una finca de los mismos y erigir en ella un monumento que sirviera de sepulcro á la parentela que le costeaba con un epitafio alusivo por ahora á las reconocidas virtudes del primero que lo iba á ocupar. Añadia el alcalde que como medida sanitaria se habia trasladado el cadáver á una casa de campo á corta distancia del pueblo, y pedia instrucciones por ser este un caso enteramente nuevo.

El Gobernador de la provincia en una luminosa comunicacion fechada en 28 de febrero contesta á la que el diocesano le dirigió en el dia 26: en ella defendia y sostenia sus providencias con copia de razones y se reservaba poner en conocimiento del Gobierno este negocio, si el Obispo insistía en su negativa.

En el mismo dia 28 ordenó el Gobernador al alcalde que si no habia llevado á efecto lo que le habia prevenido en la comunicacion primera que le dirigió en el 25 lo verificase desde luego.

La conducta del Gobernador está aprobada por Real órden de ayer.

Estos son los antecedentes estractados con fidelidad en la parte que es interesante para la fijacion exacta de los hechos.

El Fiscal antes de emitir su dictámen acerca de la conducta observada respectivamente por el R. Obispo de....., por el Gobernador de la provincia de..... y por el alcalde y párroco de....., cree que debe fijar los principios que han de servir de regla para la resolucion. Y siente mucho tener que despachar este negocio con la urgencia que reclama el Gobierno de S. M., porque así no podrá dar al dictámen la estension que deseara, y que sería conveniente en punto de tanta gravedad.

El Gobernador de..... en su comunicacion dirigida al diocesano de..... en el dia 28 de febrero, comunicacion que bien merece ser leida, porque trata con tino las cuestiones á que dá lugar este desgraciadísimo espediente, reconoce de buen grado que corresponde á la autoridad eclesiástica, decidir si un cadáver debe ó no recibir sepultura en lugar sagrado. Esto en el terreno del derecho constituido no puede ponerse en duda, y solo en el terreno del dere-

cho constituido, es como el Fiscal considerará la cuestion, porque no es llamado á dar su dictámen bajo un aspecto diferente. Ni la aprobacion de la base eclesiástica para la futura Constitucion puede ser obstáculo á considerar la cuestion de esta manera, porque sin entrar por ahora en semejante exámen, basta decir que los hechos de que se trata tuvieron lugar antes de aprobarse la base, para que se convenga en que ninguna influencia debe tener en la resolucion del espediente.

Pero en el supuesto de ser la concesion ó negacion de sepultura eclesiástica un derecho propio de la Iglesia, ¿debe permanecer la potestad temporal desarmada y obligada á presenciar impasiblemente los abusos que las autoridades eclesiásticas pueden cometer? No cree el Fiscal que haya un solo hombre de buena fé que se atreva á contestar afirmativamente á semejante pregunta.

No es un derecho, es un deber de la potestad temporal defender y protejer á los ciudadanos de los abusos cometidos por las autoridades eclesiásticas. Así dicen los escritores regnícolas mas piadosos y autorizados que no puede desprenderse el Gobierno de esta regalía sin renunciar á una parte de su independencia, sin dividir el imperio, y sin faltar á su obligacion mas esencial. Los recursos de fuerza, los recursos de proteccion no tienen otro fundamento. Y no hay acto abusivo de un eclesiástico de que no pueda libertarse el perjudicado: por el recurso de fuerza si se trata de providencias dimanadas de la jurisdiccion contenciosa; por el recurso de proteccion, si se trata de providencias gubernativas, contra las que tambien ha sido lícito entablar recursos de fuerza. Ofendería la ilustracion de la Cámara si me detuviera mas acerca de este punto.

El Rey, pues, por medio de sus tribunales y altos funcionarios, ó escitado, ó *motu propio* en los negocios en que se interesa el bien público, puede corregir los abusos cometidos por los eclesiásticos, velando por el cumplimiento de las leyes y de los cánones de que no en vano es protectora la Corona.

Sentado esto, veamos cuál es el derecho respecto á la sepultura de los que fallecen sin haber cumplido con sus deberes de cristianos.

Dos causas son las que espresó el párroco de..... en su comunicacion del 23 de febrero. Era la primera, la no asistencia de B. L. C. á la Iglesia y la falta de cumplimiento con el precepto pascual por espacio de muchos años: la segunda consistia en atribuirle verter doctrinas impías é irreligiosas. Prescindiendo de la va-

guedad de esta denuncia, porque denuncia y no otra cosa es la que hizo el párroco, basta al próposito del que suscribe decir que no hay ningun cánon ni ninguna ley en virtud de la cual el que vierte tales doctrinas deba ser privado de la sepultura eclesiástica, para que solo quede subsistente la primera causa. Aun de esta solo queda la de no recibir los Sacramentos, que es la única de que hablan las disposiciones de la Iglesia.

Examinemos este punto. Por muchos siglos no ostentó la Iglesia el rigor que prevaleció despues con los que estaban separados de su seno. En las leyes del Código *repetitæ prælectionis* encontramos una atribuida al Emperador Marciano, que dice: *Hæretici legitimo modo, ut cæteri sepeliuntur.*

Cuando en el Concilio IV lateranense se ordenó que los fieles confesaran al menos una vez al año y recibieran la Eucaristía por la Pascua, se escomulgó á los que faltaran á este precepto: *alioquin et viuens ab ingressu eclesiæ arceatur, et moriens christianâ careat sepulturâ.* Pero en el mismo cánon se ordenaba que esta disposicion se publicara frecuentemente en las iglesias para que no pudiera alegarse su ignorancia, cosa que no se sabe se verificara en.....

Esto es todo lo que en el particular nos dice el derecho canónico: el civil es mucho mas escaso, ó por mejor decir del todo deficiente, pues á pesar de que las leyes de Partida toman diferentes disposiciones del derecho canónico respecto á la privacion de sepultura, nada dicen de los que omiten recibir los Sacramentos.

En vista de esto podrá preguntarse: ¿está vigente en España el cánon que niega la sepultura eclesiástica á los que no cumplen con el precepto pascual? Muchos son desgraciadamente los que en la afirmativa deberian ser de esta manera castigados, y pocos felizmente los escándalos que presenciamos semejantes al que ha promovido este espediente. Hé aquí una prueba de que los RR. Obispos han caminado con tino en esta materia delicada, conociendo sin duda los gravísimos inconvenientes con que se iba á tropezar. El Fiscal puede decir que á pesar de ser varias las causas por las cuales segun los cánones y las antiguas leyes se puede privar de la sepultura eclesiástica, no las ha visto reducidas á práctica, ni sabe que se haya disputado respecto de enterramiento de los usureros, clase de hombres muy abundantes ahora, ni de los monjes que tenian peculio, ni de los toreros, ni de los duelistas, ni de los ladrones y salteadores que murieron en su crímen. Respecto á los suicidas de que habla el Go-

bernador de....., una ficcion piadosa los considera como locos, y hasta ahora han sido y son llevados á los cementerios en donde descansan con sus hermanos que han muerto en la comunion de la Iglesia.

Véase, pues, si hay justos motivos para dudar si el cánon del Concilio lateranense se halla en observancia en España, y si no es mas legal, mas conforme con nuestra disciplina, con nuestras costumbres y con nuestras tradiciones seguir teniendo la prudente tolerancia que los celosísimos prelados de la Iglesia española han acostumbrado á usar en esta clase de materias.

Y esto es muy conforme al espíritu de la Iglesia que llena de dulzura no propende á abrumar de afliccion á familias inocentes, ni considera que á la muerte se hallan separados de su seno los hijos que, aunque estraviados, han podido tener un momento de contricion en los últimos de su vida. ¿Y qué Prelado se atreve, y menos con la ligereza que se ha hecho en el presente caso, á considerar como separado de la Iglesia, como réprobo, como condenado á las penas del infierno á uno que recibió el bautismo, y que despues se separó del cumplimiento de sus deberes, pero sin entrar en otra religion y sin hacer abjuracion solemne de la católica? ¿Quién á escudriñar de este modo los altos juicios de Dios? De seguro que si el Reverendo Obispo de..... hubiera reflexionado sobre este punto, habría procedido de manera diferente.

Pero supongamos por un momento que el cánon del Concilio lateranense esté vigente en España; supóngase que sin inconveniente alguno puede ejecutarse; que el Prelado ha recibido del cielo el don de saber si el pecador hizo ó no en los últimos momentos de la vida un acto de contricion, ¿podrá hacerse lo que en este caso se ha practicado? El Ministro Fiscal no lo cree: siguiendo las buenas doctrinas canónicas sostiene que los Prelados eclesiásticos no pueden imponer gubernativamente penas que priven para siempre de los derechos de la sociedad cristiana, que para eso hay vía contenciosa, que en ella han de quedar francos á las partes los recursos de fuerza, y que de este modo viene la sociedad civil en auxilio de sus súbditos cuando no se guarda la ritualidad de los juicios y se les atropella injustamente.

Y si entramos en la misma cuestion ¿qué triste idea se forma de todo este negocio? Al Reverendo Obispo, le bastó que un párroco hiciera una denuncia para pronunciar el mas terrible de los fallos,

que pronuncia la Iglesia; se olvidó de que no habia amonestado á C., y que no sabia tampoco si lo habia hecho el párroco; no tuvo en cuenta que sin audiencia lanzaba una pena terrible; no reparó en que con justicia se le podía hacer el cargo de que se ensangretaba con las cenizas de uno á quien no habia procurado sacar de sus errores y de su mal camino durante la vida. Si el Reverendo Obispo hubiera considerado todas estas cosas, si hubiera tomado en cuenta que su precipitada resolucion imponía una nota infamante á toda una familia, si hubiera parado la atencion en las consecuencias probables de lo que hacia, de seguro que se hubiera abstenido de paso tan impremeditado, y tan poco disculpable. Y de notar es que en la misma comunicacion en que el párroco daba cuenta del caso y pedia instrucciones decia con candidez que no sabia cuándo ni cómo C. habia muerto, porque nadie entraba en la casa; es decir, que ignoraba si habia muerto contrito, si deseaba ó no recibir los auxilios de la Iglesia, si queria reconciliarse con ella, si daba muestras de piedad y arrepentimiento. Y el Prelado que nada de esto sabia, pronunciaba implícitamente una escomunion condicional; por inducciones infería que el finado se habia querido separar de la Iglesia; hablaba de sus doctrinas irreligiosas sin saber cuáles eran, y si estaban bien ó mal calificadas por el párroco, apreciacion bien sospechosa para este Ministerio; incluía entre las causas para privar de sepultura algunas que no son canónicas, y en lugar de ordenar en su caso que constando haber muerto en la impiedad se le negase la sepultura, decia que esto se hiciese mientras no constare que antes de morir habia dado señales de arrepentimiento. Basta lo dicho para que la Cámara se convenza de la irregular conducta observada por el Reverendo Obispo de..... en todo este negocio, sin que de su contestacion al Gobernador de la provincia pueda inferirse nada en su disculpa

La conducta del párroco es asimismo bien poco prudente: grande responsabilidad ante Dios ha contraido si oportunamente no procuró con su influencia paternal traer á mejor camino á su feligrés á quien creía tan estraviado. Y de presumir es que no lo hiciera, cuando nada dijo al diocesano en su tantas veces mencionada comunicacion. El párroco es el que con su indiscrecion ha comprometido principalmente al Prelado.

Respecto al Alcalde y Gobernador, necesario es decir en honor de la verdad que han comprendido perfectamente sus deberes. El

último ha dado pruebas de tacto, de saber y de firmeza en este negocio delicado: digna es su conducta de la aprobacion que el Gobierno se ha apresurado á dar.

Réstame solo, en virtud de lo espuesto, manifestar como creo que debe terminar este espediente. De suponer es, que D. B. L. C., habrá sido enterrado en el cementerio con los demás fieles en justa obediencia de las disposiciones del Gobernador de la provincia. Si no lo fuere, lo primero es que se cumpla lo que acordó, á cuyo efecto si fuere necesario, debe ir el Gobernador á ejecutarlo.

De presumir es tambien que en vista de la comunicacion última del Gobernador al Diocesano, éste habrá desistido por su parte. Bajo tal supuesto, el Fiscal cree que bastará que se le haga una severa amonestacion por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia. Pero si no hubiere desistido, si aun continuase en el mal camino comenzado, cree el Fiscal que el Gobierno en vista de lo que ocurra ó haya ocurrido debe reservarse la adopcion de otras medidas mas eficaces.

Al párroco convendrá tambien que se le haga una demostracion parecida por medio del Gobernador de la provincia.

Por último, para evitar la reproduccion de hechos semejantes, que pueden tomar mayores proporciones que éste, seria conducente indicar al Gobierno la conveniencia de dar una circular con el carácter de reservada á los Prelados para que por medios conciliadores y prudentes procuren evitar la repeticion de conflictos como este. La Cámara, sin embargo lo dicho, acordará como siempre lo que mejor estime.

Madrid 3 de marzo de 1855.

**Gomez de la Serna.**

---

No tenemos noticia de que por entonces se dictára la circular que creía conducente el Fiscal de la Cámara; mas á consecuencia de un nuevo conflicto, y prévio informe del Consejo de Estado, se comunicó al Gobernador de la Coruña en 6 de octubre de 1859 la siguiente Real órden que ha publicado el *Boletin judicial de Galicia.*

Dice así:

«Remitido á informe de las secciones reunidas de Gobernacion, Fomento, Estado, Gracia y Justicia del Consejo de Estado, el espediente instruido á consecuencia de haberse negado en el concejo de Cangas de Onís la se-

pultura eclesiástica al cadáver de Bárbara Alvarez con fecha 15 de julio último, lo han evacuado del modo siguiente:

«Excmo. Sr.: Cumpliendo estas secciones con lo que se las previene en Real órden fechada en 26 de marzo último, relativa á la comunicacion del Ministerio de Gracia y Justicia, en la cual manifiesta el Rdo. Obispo de Oviedo las causas de no haberse dado sepultura eclesiástica en Cangas de Onís á Bárbara Alvarez, á fin de que este Consejo informe en secciones de Gracia y Justicia y Gobernacion lo que se le ofrezca y parezca acerca de la medida general que pudiera adoptarse para dar interinamente sepultura á los cadáveres que las autoridades eclesiásticas sometan á entredicho.

»Dos son las cuestiones que aparecen en esta Real disposicion: una de derecho canónico y de disciplina general de la Iglesia; y otra de policía sanitaria y de higiene pública.

»Si no se hubiera remitido á ambas secciones la comunicacion original del Prelado, parece que no estaban llamadas á emitir su parecer sino sobre una simple cuestion de policía sanitaria; mas teniendo presente aquella circunstancia y la gravedad del hecho, que adquiere un carácter mas determinado por haber aprobado el reverendo Obispo la conducta del ecónomo, procederán aquellas, por lo tanto, á su mas detenido exámen. En la comunicacion adjunta dice el Rdo. Obispo al Ministro de Gracia y Justicia, que precisado á informar en virtud de Real órden sobre el hecho denunciado por la prensa periódica, ocurrido en la parroquia de Mamia, próxima á Cangas de Onís, en la que se hallaba depositado hacia doscientas ocho horas el cadáver de una muger, por haberse negado el párraco á darle sepultura, y no atreverse tampoco á hacerlo el alcalde, por mas que en union del médico y cirujano dispuso se le condujera á la iglesia.

»Asegura el Prelado ser cierto el hecho en la parte relativa á haberse negado el cura económo de Santa Eulalia de Mamia, en el concejo de Cangas de Onís, á dar sepultura eclesiástica al cadáver de Bárbara Alvarez, que falleció sin recibir los sacramentos, y que el ecónomo obró por no haber la difunta, á pesar de sus repetidas exhortaciones, cumplido con el precepto de la confesion y comunion pascual en muchos años que la desgraciada pasó entregada al vicio de la embriaguez, lo que la produjo la muerte. El ecónomo dió cuenta del hecho y de su conducta al Prelado, y este remitió al arcipreste del partido comision para que recibiera una informacion testifical sobre los hechos manifestados por el ecónomo. En ella se justificaron, y tuvo el sentimiento, dice, de aprobar la conducta del ecónomo, declarando que al dicho cadáver no podia darse sepultura eclesiástica, y mandando que se pasara oficio al Gobernador de la provincia, á fin de que se sirviera dictar las órdenes oportunas para que se le enterrase en un lugar decente sin pompa ni ceremonia eclesiástica de ninguna clase. Que de la providencia gubernativa que dictó no se alzaron de ella por la vía contenciosa los herederos de la difunta, que se creyesen lastimados por aquella, dictada en una informacion sumaria.

»Hasta aquí los hechos; mas ahora las secciones, reconociendo, como reconocen, que son aquellos del dominio esclusivo de la potestad eclesiástica, examinarán, sin embargo, la doctrina proclamada en los Concilios y sostenida por los tratadistas, relativa á la privacion de sepultura eclesiástica, no al entredicho, en cuyo caso no nos hallamos actualmente, sin embargo de calificarse así; pues sabido es que el entredicho es la prohibicion de participar de ciertos actos del culto, conservando, no obstante, la union con la comunidad, pena eclesiástica de la que se abusó en la Edad Media y á la que se sujetó á pueblos enteros y aun á reinos.

»La privacion de sepultura eclesiástica es una pena muy grave, que solo puede imponerse por los Prelados eclesiásticos. Estos nunca pueden proceder gubernativamente cuando se trate de imponer las penas que privan para siempre de los derechos de la sociedad cristiana.

»La privacion de sepultura como segregacion de la comunion ó grey cristiana, corresponde á la pena de escomunion menor, y no puede, por lo tanto, imponerse sino por el Prelado bajo las prescripciones señaladas por las Decretales. Así, pues, el Prelado debe ser el único juez que imponga esta pena, no gubernativa, sino canónicamente; y no debe dejarse su aplicacion á los párrocos ecónomos, pues segun los cánones y Concilio de Trento, los párrocos no tienen mas atribuciones que las de administrar los sacramentos, la de instruir á sus feligreses en la ley divina, y la de vigilar el cumplimiento de los deberes de todos los acólitos y servidores de la Iglesia.

»Algunas sinodales determinan que los párrocos procedan con suma prudencia y gran discrecion á aplicarla preventivamente, dando cuenta á su Prelado, para que este, prévio exámen, la fulmine en la forma legal y canónica; mas corresponde esta atribucion á las que les señala el Concilio de Trento. ¿No es de temer, como ha acontecido en este caso, el uso poco prudente y discreto de tan grave censura aplicada por un cura ecónomo, clase en lo general no muy ilustrada? El santo Concilio de Trento, teniendo presente esto mismo en la sesion 23, cánones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8, señaló las causas fijas y determinadas para imponerse la pena de escomunion, y todas las que especificó son relativas á los que niegan abiertamente la creencia del dogma y la potestad de la consagracion, confesion y predicacion. La razon que tuvo para ello fué el abuso que en épocas dadas se hizo por algunos Prelados, poco discretos, de las censuras mayores de la Iglesia.

»Como el espíritu verdadero de esta es la amorosa caridad y la inagotable piedad, los Padres del Concilio estatuyeron que fuera preciso para imponer dichas censuras la rebelion abierta contra la doctrina dogmática de la Iglesia, el hecho de reprobarla, escarnecerla y despreciarla públicamente.

»Es cierto que los cánones del Concilio Lateranense 4.° prescribieron la esclusion del lugar sagrado, motivada en la impenitencia á la hora de la muerte, ó bien en la falta de cumplimiento de los mandamientos de la Iglesia; mas por ser demasiado lato este principio y mas lata aun su aplicacion, los Padres del Concilio de Trento lo reformaron, y declararon tan sabia doctrina, que es conforme con el espíritu de mansedumbre y de divina caridad del Evangelio.

»La comunion cristiana parece, pues, que no debe rechazar de su seno al hereje, al réprobo, al que se pone voluntaria y premeditadamente fuera de su grey.

»¿Hállase en este caso la desdichada muger que ha dado lugar, por su fallecimiento y prohibicion de sepultura cristiana, á tan deplorable acontecimiento?

»Las secciones creen que no, y lo propio acontece al referido Prelado, pues en su comunicacion atribuye al vicio de la embriaguez la única causa de no frecuentar los sacramentos, y en cuyo deplorable estado fué sorprendida por la muerte. ¿Pudo, pues, tener ánimo libre y detrminado para no admitirlos, para rechazarlos, para ponerse voluntariamente fuera de la comunidad cristiana? ¿La indolencia ó tibieza religiosa, la embriaguez de los sentidos son causas de escomunion?

»Tambien reconoce el Rdo. Obispo que tan grave pena fué impuesta gubernativamente en vista de una sumaria informacion, no teniendo quizás

presente lo que prescribe los Decretales y el art. 9.° de la Constitucion de la monarquía, que declara que ningun español puede ser procesado ni sentenciado sino por Tribunal competente, en la forma que prescriban las leyes. Mas á las secciones no las incumbe, por ahora, sino reseñar el hecho y la doctrina; á fin de que por el Ministerio de Gracia y Justicia se dicten las disposiciones que crea mas conformes con el espíritu del Evangelio y el del siglo en que vivimos, y que se hacen cada dia mas necesarias. Esto mismo se espuso en la consulta elevada al Ministerio de Gracia y Justicia por el Consejo Real en 2 de setiembre de 1851, con motivo de un hecho análogo á este, ocurrido en la diócesis de Jaca, en la que se significó lo siguiente:

«El Consejo, al mismo tiempo, deseando prevenir todos los casos y teniendo presente que podrian sobrevenir circunstancias graves, en las cuales pudiera verse la autoridad eclesiástica precisada á hacer uso de la facultad concedida por los cánones en toda su plenitud, y con la mira de evitar conflictos desagradables y contrarios al espíritu de armonía que debe reinar entre las autoridades de las dos potestades civil y eclesiástica, así como tambien todo daño en la salubridad pública, que pudiera ser comprometida por cualquier tardanza en la inhumacion, fácil por otra parte de prevenir en cualquier caso, ha creido que debe proponer á V. E. se comunique órden á los Gobernadores de las provincias para que procuren por todos los medios que les sugiera su celo, no se niegue la sepultura en los cementerios por causas leves, evitando los conflictos con la autoridad eclesiástica en cuanto sea posible; pero que si los medios de conciliacion no fuesen bastantes y un párroco negase la sepultura eclesiástica á un cadáver, se hayan de dirigir los interesados al Prelado de la diócesis, á fin de que, instruyendo el oportuno espediente, tome la resolucion que estime justa: que entretanto se proceda en el término acostumbrado á dar sepultura al cadáver en un lugar que reuna las condiciones apetecibles al efecto, sin perjuicio de que si instruido el espediente mencionado recayese sentencia favorable, se proceda á la exhumacion y traslacion á sagrado, con las precauciones que marcan las disposicianes vigentes, dejando en estos casos libre y espedita la accion de la autoridad eclesiástica, sin perjuicio de que eleven sus quejas y reclamaciones al Gobierno de S. M. cuando creyesen que aquellas se hubiesen escedido del límite de sus atribuciones. Asimismo cree el Consejo que, atendida la frecuecia con que ocurren casos de esta naturaleza, convendria que se circulase por la vía reservada esta medida como regla general y con insercion del presente dictámen.»

«Por lo tanto, si este parecer fué adoptado por S. M. y circulado por la vía reservada, queda señalado como medida ó regla general para evitar ó aminorar en lo posible casos que la seccion se lisonjea en reconocer que no serán frecuentes en una nacion esencialmente cristiana como la nuestra.

«Sin embargo, el Consejo Real volvió á ocuparse, en virtud de Real órden fecha 4 de mayo de 1858, comunicada á la seccion de Gracia y Justicia por el Ministerio de aquel ramo, de otro acontecimiento de la misma naturaleza ocurrido en el pueblo de Torija, diócesis de Toledo, y propuso al Ministerio de Gracia y Justicia que, teniendo presentes los antecedentes relativos á aquel suceso, se elevara su parecer con copia literal de la consulta de 2 de setiembre de 1851.

«Así, pues, las secciones creen que respecto al asunto canónico, deben reproducir cuanto se espuso en 2 de setiembre de 1851, y lo que se manifiesta al presente, á fin de evitar que los prelados, por causas leves y no prescritas en el santo Concilio de Trento, fulminen las censuras de la Iglesia

por un esceso de celo poco prudente y discreto, que puede ocasionar males muy graves á la misma.

«Mas la Real órden de 26 de marzo de 1858 previene además que las secciones informen lo que se las ofrezca y parezca acerca de la medida general que pudiera adoptarse para dar interinamente sepultura á los cadáveres á que la autoridad eclesiástica niegue la sepultura cristiana.

«Como cuestion de policía sanitaria, higiene y salubridad pública, es como juzgan deber igualmente tratarla: asi se acordó, que convenia préviamente tener presente el parecer del consejo de sanidad, tan competente en esta materia.

«Este, con fecha 19 de octubre de 1858, dice: «Hecha cargo del asunto la seccion primera, no puede menos de reconocer, como advirtió sin duda la mencionada seccion del Consejo de Estado, que una vez inhumado un cadáver y despues que ha trascurrido tiempo suficiente para que entre en putrefaccion, ofrece su exhumacion formales peligros para la salud pública sobre todo cuando ese cadáver putrefacto ha de conducirse á un camposanto para inhumarse de nuevo.»

«Hállase tan bien comprobada y tan generalmente reconocida la calidad deletérea de las emanaciones cadavéricas: son tantos los hechos de enfermedades graves y hasta de epidémicas que han tenido por orígen las exhumaciones de los restos cadavéricos, que considera ocioso emitir aquí doctrinas ni ejemplos para probarlo una vez mas, sobre todo cuando el convencimiento es tan general, que se estiende hasta el vulgo:

«Fuera, pues, una disposicion claramente contraria á las mejor sentadas reglas higiénicas la de exhumar un cadáver provisionalmente sepultado, para trasladarle al lugar sagrado y hacer una nueva inhumacion.

«Por lo tanto, supuesta la necesidad indispensable de sepultar, luego que pasan veinticuatro horas desde que ocurrió el fallecimiento de los cadáveres de aquellas personas que las autoridades eclesiásticas sometan á entredicho, es la seccion de dictámen que aun cuando este se levante por el prelado correspondiente, no se haga la exhumacion hasta que se cumpla el tiempo y se llenen las condiciones que determina la Real órden de 19 de marzo de 1858.»

«Las secciones no pueden menos de reconocer los sanos principios que aconsejan la ciencia y que el consejo de sanidad espone en su razonado informe; así pues, tomando en consideracion tan útil como provechosa doctrina, nada les queda que añadir sino la necesidad, la conveniencia y la obligacion en que se halla la gobernacion del Estado de mirar y procurar ante todo por la conservacion de la salud pública.

«Teniendo presentes tan sólidos principios, no puede tomarse en cuenta lo que propone el reverendo obispo de Oviedo, relativo á exhumar el cadáver luego que pronuncie el fallo favorable y á darle sepultura cristiana en el cementerio, lo que podria producir los males que se indican y que es forzoso evitar por medio de la saludable medida que prescribe la ley, y á cuyo estricto cumplimiento deberá estarse.

«Escogitárase, sin embargo, un medio que concilie en lo posible el respeto que merece la honra cristiana de un finado con el que se debe á la ley de exhumacion de cadáveres.

«Las secciones son, por lo tanto, de parecer que se prevenga á los Gobernadores de las provincias que, en casos análogos á este, los alcaldes dispongan del entierro preventivamente en lugar decente, contiguo al cementerio cercado, aunque no sagrado, cuando sin riesgo de la salud pública no pueda esperarse la resolucion definitiva del prelado; mas llevada ya á cabo

la inhumacion, si el diocesano declara el derecho de sepultura cristiana en favor del fallecido, deberá, sin embargo, estarse á lo prescrito para la exhumacion en Real órden de 27 de mayo de 1845, á fin de evitar los males que pudieran sobrevenir á la salud é higiene pública.

«Pero como la censura impuesta es una pena eclesiástica sumamente grave, que afecta la honra cristiana del fallecido y su familia, y le priva á aquel del beneficio de las preces de la Iglesia, seria justo y conveniente que se publicara en la parroquia el primer dia festivo la absolucion del Prelado, y este mandára que en ella se hiciese inmediatamente el funeral, mucho mas si fuera pobre el fallecido, y que se recitaran las preces y responsos y se aplicaran por su eterno descanso segun el ritual. Asi se conciliaria el respeto que merece la honra de los finados y la obligacion de conservar la salud pública, á que está atenida la gobernacion del Estado.

«En esta forma se podria contestar al Ministerio de Gracia y Justicia, si V. E. lo juzga oportuno, á fin de que resolviera sobre este particular lo que crea mas conveniente, y en respuesta á su comunicacion de 19 de marzo de 1858.»

Y habiéndose dignado acordar S. M., de conformidad con el preinserto dictámen consultado, de su Real órden lo traslado á V. S. como *regla general* para la resolucion de casos análogos.

*Por copia,*

**Los Directores de la Revista.**

# ENJUICIAMIENTO CIVIL Y MERCANTIL.

## DE LOS JUICIOS DE CONCILIACION SOBRE NEGOCIOS DE COMERCIO.

*Para la competencia en los juicios de conciliacion sobre negocios de comercio, ¿regirá el art. 7.° de la ley de Enjuiciamiento mercantil, ó habrá de estarse á lo dispuesto en el 204 de la civil?*

*Contestacion.*

Al resolver por el decreto de las Córtes aprobado en 28 de mayo de 1837, circulado en Real órden del dia 29, que los alcaldes constitucionales debian ejercer el oficio de conciliadores en los asuntos mercantiles, conforme al art. 282 de la Constitucion de 1812, hubiera sido muy conveniente espresar qué artículos de la ley mercantil quedaban derogados en virtud de esta innovacion, y así se hubieran evitado los conflictos á que se ha dado lugar en algunos

casos, y mas ahora con la publicacion del Código de procedimientos civiles. Pero en el silencio de la ley, preciso será buscar en su mismo contesto cuál ha sido el pensamiento y objeto que se ha propuesto, y aclarar por este medio las dudas que con frecuencia se presentan hasta conseguir con la discusion, si es posible, fijar los pareceres que hoy andan discordes.

Si estudiamos bien el testo del citado decreto, nos parece poder descubrir en él cuál es la estension ó límite fijado en esta innovacion. «Estando vigente, dice, el art. 282 de la Constitucion de 1812, »no habia duda en que los alcaldes constitucionales debian ejercer »el oficio de conciliadores en los negocios mercantiles, *como lo eje»cutaban en los demás*, en virtud del espresado artículo.» Luego los alcaldes ó jueces de paz deben proceder en la celebracion de los juicios mercantiles lo mismo que en los de los negocios comunes; por manera que, segun se desprende de esta disposicion, lo único que se ha querido es uniformar las solemnidades del juicio de conciliacion, porque hubiera sido muy estraño en verdad que un mismo Juez siguiera una tramitacion distinta para la celebracion de actos iguales, teniendo en muchos casos que resolver por sí, y hasta sin escitacion de las partes, si el negocio era mercantil ó comun; y aun pudiera luego darse lugar á nulidades, si resolviendo mal el alcalde, se habian equivocado los trámites. Esto es lo que parece deducirse del testo de la ley, en cuya doctrina están conformes personas que antes se han ocupado de este asunto, y á quienes con gusto reconocemos como autoridades en la materia.

Con arreglo á lo espuesto, creemos poder fijar ya el principio de que los jueces de paz han de sujetarse á unas mismas solemnidades y tramitacion para las citaciones y estension del acto conciliatorio, sin diferencia alguna de negocios comunes ó mercantiles; y en su consecuencia deberán entenderse derogados todos los artículos de la ley mercantil que traten de estos particulares, rigiendo tan solo los de la civil.

Ahora bien; el art. 7.° de la mercantil ¿queda, ó no vigente? En nuestro humilde parecer, creemos que rige todavía, y así lo hemos visto practicar en los casos de que tenemos noticia, aunque sentimos no opinen como nosotros personas muy respetables por muchos conceptos. Si la innovacion solo se ha limitado á las personas que habian de reemplazar á los jueces avenidores y á las fórmulas ó solemnidades del juicio, el art. 7.° debe en su esencia que-

dar vigente, puesto que no contradice ni uno ni otro estremo.

Tal vez se crea que incurrimos en contradiccion al pretender la observancia del art. 7.°, toda vez que en él se habla de la competencia de los jueces avenidores; pero no es así, porque derogado el art. 1206 del Código, estendemos tambien esta derogacion á todo lo que haga referencia á los jueces avenidores, y si queremos que subsista dicho artículo, es, como antes hemos dicho, en su esencia tan solo. En efecto, en él no se trata de designar ante quiénes hayan de celebrarse los juicios de avenencia, porque este precepto quedó ya fijado en los arts. 1205 y 1206 del Código, sino de establecer cuál de ellos es el competente; y como esto no contradice en lo mas mínimo la facultad concedida á los alcaldes y luego á los jueces de paz, ni afecta á las solemnidades ó tramitacion de los juicios de conciliacion, por eso no vemos inconveniente alguno en que subsista la disposicion de dicho artículo, solo que en vez de leerse como ahora está escrito, deberá entenderse del modo siguiente:

«Las comparecencias se celebrarán ante los jueces de paz del »partido judicial del Tribunal de Comercio ó del juzgado de primera »instancia á que corresponda conocer del negocio sobre que versen.»

La resolucion de este punto la consideramos de la mayor importancia, porque para los negocios de comercio no puede ser indiferente la observancia del art. 7.° de la ley mercantil ó del 204 de la civil, que dispone cosas contrarias; y á mas de las razones que hemos espuesto, consideramos mas conforme á la índole de los negocios mercantiles la disposicion del primero, porque así se evitan dilaciones y perjuicios que en muchos casos podrán ser de entidad.

El orígen ó causa de casi todos los pleitos mercantiles es la manera como han de ejecutarse los contratos, y cuando estos hayan de cumplirse en el domicilio del demandado, como allí ha de seguirse tambien el juicio, no se presenta entonces dificultad ninguna; mas cuando para el cumplimiento de la obligacion se ha señalado un punto distinto del domicilio del deudor, como allí habrá de seguirse el juicio, el juez de paz de aquel punto será el competente para la celebracion del acto de conciliacion, y ante él podrá ser citado el demandado. De otra manera, el comerciante que al celebrar el contrato creía que podria exigir el cumplimiento de la obligacion en el punto donde ambas partes hubieren convenido, tendria que ir á buscar al otro contratante á puntos quizás muy lejanos para venir

luego á demandarle en el lugar concertado; lo que seria muy molesto para el demandante, con bien poca ventaja para el demandado porque luego ha de comparecer á contestar la demanda en el punto donde ofreció cumplir el contrato.

Si admitimos que el art. 7.° está vigente, debemos por las mismas razones opinar que el 8.° lo está igualmente, como que solo es una consecuencia de aquel, ó mas bien una confirmacion con un derecho de eleccion en el demandante y que puede en algunos casos favorecer tambien los intereses del demandado.

Prevaleciendo nuestra opinion, un vacío queda siempre en la ley con la supresion de los juzgados de avenencia; porque habiendo uno solo en cada partido, conforme al art. 1206 del Código, el 7.° de la ley estaba en armonía con aquella disposicion; mas ahora, ¿ante qué Juez de paz deberá celebrarse la avenencia? Si los alcaldes de las cabezas de partido hubieran reemplazado á los jueces avenidores, ninguna dificultad se ofrecia; pero en la innovacion se ha dicho solo que los alcaldes; luego, conforme con los buenos principios y reglas de sustanciacion, la facultad de los jueces avenidores debe entenderse repartida entre los alcaldes ó jueces de paz del partido, puesto que todos ellos están comprendidos en el territorio del Tribunal ó Juzgado que ha de conocer del negocio; y en este caso será competente el del domicilio del demandado; mas si no estuviere domiciliado en ninguno de los pueblos del partido entendemos que entonces, como no hay domicilio que sirva de regla, deberá celebrarse la comparecencia ante el Juez de paz de la cabeza del partido, que es el lugar donde verdaderamente ha de seguirse el juicio.

Una observacion acabará de demostrar la conveniencia y hasta necesidad de seguir la opinion que sostenemos. La ley civil en el art. 204 ha fijado como fuero competente el del lugar del domicilio ó residencia del demandado, y para evitar los perjuicios y dilaciones que en algunos casos se seguirian al actor con la aplicacion de esta regla, ha tenido buen cuidado de dispensar, por el artículo 201, la celebracion de la avenencia cuando el demandado no tenga residencia conocida, ó resida fuera del territorio de la Audiencia á que corresponda el Juzgado en que deba entablarse la demanda. Esta escepcion de la regla general no puede aplicarse en los negocios mercantiles, porque en el art. 1205 del Código y 1.° y 2.° de su ley de procedimientos se prescribe la conciliacion en todos los

casos bajo pena de nulidad y una multa al Juez y escribano que contravinieren á esta disposicion.

Los negocios mercantiles, por su índole especial, deben tener trámites muy breves y sencillos, porque las dilaciones entorpecen siempre las operaciones del comerciante; y así vemos que el Código para la prescripcion de las acciones fija plazos mucho mas cortos que los señalados por la ley comun; por lo tanto, si la cuestion propuesta se resolviera en favor del art. 204 de la ley civil, sobre tener el comerciante que celebrar la avenencia en todos los casos, aun cuando la accion se dirigiera contra menores, sufriría el perjuicio consiguiente á la dilacion de tener que buscar al demandado en su domicilio, faltándose al principio de brevedad que el mismo Código establece.

**Francisco Forner.**

# ENJUICIAMIENTO CIVIL.

## DEL TÉRMINO PARA LOS RETRACTOS.

### CONSULTA.

*¿Desde cuándo empieza á contarse el término para la interposicion del retracto en las ventas judiciales?*

Parece que despues de publicada la Ley de Enjuiciamiento civil, no se debia proponer esta cuestion, pues que el artículo 674 de la misma, número 1.°, dice que se interponga el retracto, *dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta* sin hacer distincion entre las ventas ordinarias y las que se hacen en pública licitacion. Sin embargo, los precedentes de nuestro derecho sobre este punto y la circunstancia de no estar conformes siempre las opiniones de los letrados, me han hecho tomar la pluma para emitir mi pobre opinion y dar lugar á que otras personas mas ilustradas la dilucidan por completo.

El antiguo derecho no estaba tan esplícito como hubiera sido de desear, en cuanto al término para interponer el retracto en las ventas ordinarias. La Ley Recopilada que fijaba el de nueve dias, dió orígen á que los jurisconsultos discurrieran largamente sobre si ese término debia contarse desde la celebracion de la venta, desde la perfeccion del contrato, ó desde su consumacion. Unos y otros

sostenian sus diferentes opiniones, apoyados en disposiciones legales que citaban con mas ó menos oportunidad. Estas cuestiones producian un número indefinido de pleitos, que los autores de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, quisieron cortar, como lo hicieron estableciendo en el art. 674, *que para que pueda darse curso á las demandas de retracto, se requiere que se interpongan..... dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta.* Que tal fué su intencion se demuestra, con leer las siguientes palabras, de una obra (1) publicada recientemente por uno de ellos.

«Disputaban nuestros jurisconsultos, si los dias que se daban para el retracto, corrian desde la perfeccion del contrato, ó desde el de su consumacion y si debian contarse de dia á dia ó de momento á momento..... y todos se fundaban en textos legales que interpretaban á su manera. La Comision debia destruir esta incertidumbre: así lo hizo, ordenando que el término se contara desde el otorgamiento de la escritura..... Lo prefirió por su certidumbre y por estar espuesto á menos fraudes, y á menores ocultaciones.... En la necesidad de resolver las dudas antiguas, creyó la comision que ante todo debia buscar la certidumbre, difícil de encontrar de otra manera, y cerrar la puerta á los fraudes que, tomando otro punto de partida, serian inevitables.» Vemos pues por el precepto del artículo y la esplicacion que de él hace uno de los jurisconsultos de la comision, que el deseo de esta, no fué otro, que cortar esa porcion de dudas y cuestiones que tan difíciles hacian los pleitos, y que tanto embarazaban á los tribunales. Pero esto, como saben nuestros lectores, no sucedía mas que respecto del término de las ventas ordinarias, porque en cuanto á las hechas en pública subasta ó licitacion, la ley 70 de Toro, queriendo evitar cuestiones, dijo: «*y los nueve dias que dispone la Ley del Fuero se cuenten en este caso desde el dia del remate,*» «*á die venditionis,*» huyendo de esta manera de que los jurisconsultos se molestasen en buscar un tiempo desde el cual el término debiera empezar á contarse. Ahora bien; vista esta notable diferencia de lo que sucedía en unas y otras ventas, ocurre preguntar: Cuando el artículo 674 de la Ley dice que *para que pueda darse curso á las demandas de retracto, se requiere que se interpongan.....*

(1) *Motivos de la Ley de Enjuiciamiento civil*, por D. Pedro Gomez de la Serna, pág. 14.

*dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura*, ¿habla de las ventas ordinarias y de las judiciales, ó solo de las primeras? Mas claro, está derogada por el artículo 674 la ley 70 de Toro, en cuanto manda que el término para interponer el retracto se cuente desde el dia del remate? Hé aquí la dificultad que nos proponemos resolver.

Con ingenuidad lo decimos; cualquiera opinion que se adopte, dejos de ser absurda, encontrará respetables razones en que apoyarse. Es este uno de los puntos en que la Ley de Enjuiciamiento civil tiene mas una claridad aparente, que positiva, porque dentro de su letra y de su espíritu caben sin violencia una y otra opinion. Nosotros, sin embargo, despues de haber meditado mucho la dificultad, no hemos hallado inconveniente en decidirnos por creer y sostener, que el art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento civil ha derogado la ley 70 de Toro, en cuanto dispone que en las ventas hechas en pública almoneda, el término para la interposicion del retracto se cuente desde el dia del remate.

El art. 674 citado, dice así: *Para que pueda darse curso á las demandas de retracto, se requiere: 1.° que se interpongan en juzgado competente dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta.....* Esta disposicion, como se vé, es general; en ella ni se distingue de retractos ni de ventas, y fielmente traducida, no significa mas que no podrá darse curso á las demandas de retracto, sino cuando se interponen en juzgado competente, dentro de los nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta, y llenándose los demás requisitos que el artículo exige y que no son de este lugar. No habiendo la ley hecho distinciones entre las ventas ordinarias y públicas, habiendo fijado un solo término para todas, el de nueve dias, y en fin, habiendo dicho que este término se cuente desde el otorgamiento de la escritura de venta, parece á primera vista indudable, que el artículo 674 ha derogado terminantemente la ley 70 de Toro, que mandaba contar el término desde el dia del remate. Los autores de la nueva ley no podian ignorar que el derecho antiguo era distinto en las ventas privadas y en las públicas; que respecto de aquellas, habia cuestiones sobre desde cuando se habia de contar el término, y respecto de estas, la ley 70 de Toro habia fijado con claridad para evitar dudas, el dia del remate. De donde se infiere, que si la ley que conocia todos estos precedentes, que ni remotamente puede presumirse

que los ignorase, no hizo distinciones, no creemos á nadie autorizado para hacerlas, y producir mas dificultades que las que se quisieron evitar. Preténdese destruir este argumento de autoridad con un argumento de razon, diciendo que si en la letra del artículo 674 no hay distincion ninguna en favor de las ventas públicas, esa distincion se encuentra por necesidad en el espíritu del mismo artículo, porque si el motivo de la reforma en él contenida, no fué otro que cortar las cuestiones que se suscitaban acerca del dia desde que debia contarse el término para la interposicion del retracto en las ventas simples ú ordinarias, no sucedia eso mismo en cuanto á las públicas, pues que la ley 70 de Toro fijaba claramente el dia del remate. Pero por mas que el hecho en que se apoya este argumento sea cierto, no es lógica ni admisible la consecuencia que quiere sacarse de él. En efecto, aunque las dificultades no existiesen mas que respecto del término en las ventas simples, esto no obsta para que el legislador dictase una regla general que las comprendiera todas, fijando como dia para contar el término, el del otorgamiento de la escritura. Habia por otra parte razones para que ese dia fuese el mismo en unas ventas que en otras. La hecha en pública licitacion, si bien mas pública y notoria que la venta ordinaria, y menos susceptible de fraudes y ocultaciones que esta, ofrecia por su naturaleza tres tiempos distintos desde los que podia contarse el término de los nueve dias para la interposicion del retracto: el de la venta, el de la aprobacion del remate y el del otorgamiento de la escritura. El primero no debia aceptarse, porque respetando lo dispuesto en la ley 70 de Toro, la venta pública no puede considerarse tal hasta tanto que sobre ella ha venido la aprobacion judicial. Esta no debia de servir tampoco de punto de partida, porque en los contratos que tienen por objeto la traslacion del dominio de bienes raices, se ha hecho necesario por las leyes hipotecarias la reduccion á escritura pública, para que se verifique el requisito indispensable de la inscripcion en el registro, ó lo que es lo mismo, de la toma de razon, y no estando por consiguiente terminado el contrato hasta que se otorgue la escritura pública, no era prudente mandar que el término para la interposicion del retracto, se empezase á contar desde el dia de la celebracion del remate, como lo dispone la ley 70 de Toro, ó desde la aprobacion judicial, sino desde el otorgamiento de la escritura de venta. Otorgada esta, ya no hay el peligro de que el remate no se apruebe, ó de que aprobado que sea, el vendedor ó

el comprador puedan negarse al cumplimiento de sus respectivas obligaciones ocasionando un litigio. Así se evita tambien que se interponga el retracto contra una venta de bienes que está pendiente de la aprobacion judicial ó del otorgamiento de la escritura, y que por consiguiente no es verdadera venta hasta que este se verifica. ¿A qué conduciria una demanda de retracto sobre una venta á la que se hubiera negado la aprobacion judicial, ó concedida esta, se negase una de las partes á llevarla á cabo y reducirla á escritura pública? Espérese, pues, á que la venta sea una verdad, á que se haya otorgado la escritura, y desde que exista esta, corran los nueve dias para la interposicion del retracto. He aquí como si la nueva ley no tenia en las ventas públicas que evitar las cuestiones que habian ocurrido en las ordinarias ó simples, tenia sin embargo, razones de gran consideracion para hacer estensivo á aquellas, que desde el otorgamiento de la escritura se empezase á contar el término para la interposicion del retracto.

Pero no basta esto se dice; no basta que haya una razon para suponer que la ley ha estendido la reforma á las ventás públicas; es preciso no olvidar que hablamos de retractos, y que estos como materia odiosa deben restringirse, y con la interpretacion que se dá al artículo 674, se favorece á los retrayentes en términos de dejarles tiempo para interponer la demanda, hasta nueve dias despues de otorgada la escritura de venta, cuando mucho antes pudieron y debieron tener conocimiento de esta por haberse verificado la pública licitacion. Aunque este principio es cierto y le admitimos hasta el punto de desear que se aboliesen ó restringiesen cuando menos notablemente los retractos, no podemos aceptar la consecuencia que se deduce, en el caso en cuestion. Los retractos como odiosos deben restringirse, ¿pero qué se adelantaría con hacerlo en el acto de que tratamos, si quedaba en su lugar la incertidumbre, y la facilidad de aumentarse el número de pleitos? La incertidumbre es lo que ha querido evitar la ley en esta materia, como se dice por el Sr. Gomez de la Serna en el pasaje de su obra citada. Y por evitar este mal, la incertidumbre, ha arrostrado el menor peligro de ampliar algo en vez de restringir el derecho de retracto. Por otra parte, es necesario no olvidar, que esta materia tiene una íntima relacion con el derecho civil, y que mientras este no se arregle y no se fijen las bases sobre las que se desarrolla el procedimiento no puede ser completo nada de lo que se haga; por eso la Ley de Enjuiciamiento,

provisional en nuestro concepto en este punto, como en otros que se refieren al derecho civil, quiso evitar el mal mayor por el momento, hasta que hecha la reforma en todas sus partes, se puedan evitar todos. Pero entre tanto, era mas digna de atencion la incertidumbre, que el principio que se invoca en contra de la interpretacion que damos á la ley.

Tampoco es prudente suponer, que un código procesal, cuyo primer objeto es sacar la legislacion del caos en que se encontraba, se propusiera dejar vigentes unas leyes sí, y otras nó, aumentando de esta manera el desórden y haciendo que sea una verdad lo que desgraciadamente sucede en la historia de nuestro derecho; que apesar de haber sido muchas las veces que el legislador ha presentado una nueva obra al país, otras tantas ha tenido á bien dejar subsistentes á la vez las obras de sus antecesores, y de este modo jamás se podrá entender el derecho de un pueblo.

Pero se dice por los partidarios de la opinion contraria, que el artículo 674, no ha podido derogar lo dispuesto en la ley 70 de Toro, por ser este un punto de mero derecho civil. Este argumento, sin embargo, tiene dos vicios que le destruyen; porque sino pudo derogar el derecho antiguo en cuanto á las ventas públicas, tampoco pudo derogarle en cuanto á las ventas ordinarias ó privadas, y es consiguiente, que de admitir la derogacion en este estremo, hay que admitirla tambien en el otro, si no se quiere que el principio de derecho que se invoca quede anulado por una contradiccion. Por otra parte, si hubiéramos de admitir este argumento, sería preciso suprimir un considerable número de artículos de la Ley de Enjuiciamiento que regulan puntos de derecho civil, y hay que considerar que el legislador no puede prescindir de incurrir en estos defectos, cuando las circunstancias de un país ú otro cualquier motivo, hacen que las reformas legislativas empiecen por donde debieran concluir. Por esto cuando hemos hecho una Ley de Enjuiciamiento, sin tener antes un código civil, hemos tenido que incurrir en estos defectos. Pero esto podrá ser del dominio del legislador, mas nunca del de el jurisconsulto y del de los tribunales, cuya mision no es deliberar sobre lo que se debió hacer, sino entender lo que se hizo y cumplirlo.

Es tambien muy estraño, que habiéndose establecido en el título XIII de la Ley de Enjuiciamiento civil, y especialmente en el artículo 674, todos los requisitos necesarios para ser admitida y sus-

tanciada una demanda de retracto, no se acordase el legislador, de que la ley 70 de Toro habia establecido una cosa distinta, que podia dar hoy lugar á nuevas dificultades. Y no se diga que si se hubiera querido derogar la ley 70 citada, se hubiera espresado así, porque sobre no ser esta la conducta seguida por los legisladores, al redactar los demás artículos, que contienen reformas del antiguo derecho, debiera haberse hecho lo mismo, respecto de la Ley Recopilada que hablaba del término del retracto en las ventas ordinarias; y sin embargo, vemos que no se ha hecho así. El artículo 674 que establece una regla general, ha usado tambien términos generales; y si hubiera querido hacer distinciones, lo hubiera hecho.

No tenemos noticia, de que el Tribunal Supremo de Justicia haya dictado fallo alguno sobre el mismo caso de que se trata, y sentimos por tanto no poder confirmar nuestra opinion, con la respetabilísima de ese Tribunal. Pero entretanto que esto suceda, ó el artículo 674 sea objeto de una declaracion legislativa, y sin desconocer que la cuestion ofrece graves dificultades, creemos que ese artículo ha derogado la ley 70 de Toro en la parte que se refiere al caso que nos ocupa, y que el término de nueve dias para interponer toda clase de demandas de retracto, debe contarse desde el otorgamiento de la escritura de venta; haya sido esta pública, ó simple, ú ordinaria. Desearíamos, sin embargo, oir en esta cuestion, la ilustrada opinion de los directores de la REVISTA.—CAYETANO POBLACION Y FERNANDEZ.

*Contestacion.*

No desconocemos la importancia de la cuestion que precede, ni tratamos de negar la fuerza que tienen los argumentos que se alegan por una y otra parte. Pero no por esto debemos dejar de emitir nuestra opinion, sino con acierto, al menos con profundo convencimiento.

La ley de Enjuiciamiento civil debia limitarse en rigor á los procedimientos judiciales para obtener los derechos que tienen su declaracion en el Código civil. Si este, ó para valernos de la significativa espresion de Bentham, si la *ley sustantiva* hubiera precedido á la *adjetiva*, ó lo que es lo mismo á la de tramitacion de los negocios judiciales y de medios para hacer eficaces los derechos, indudablemente que muchas de las disposiciones que la ley de Enjuiciamiento civil establece, no se hallarian en sus artículos, sino que hubieran tenido mejor colocacion en el Código civil. Pero retar-

dada la redaccion definitiva de este, aplazada sin determinacion de tiempo, conocidas generalmente las causas de esta paralizacion y lo que es mas la dificultad de removerlas, se vió la Comision que formuló el proyecto de la ley de Enjuiciamiento en una situacion anómala, porque encontraba al articularlo muchas dificultades, por no estar siempre bien determinadas nuestras leyes, y por ser objeto de eternas cuestiones entre los jurisconsultos, y de diferente aplicacion en la práctica muchos puntos que debian haber sido resueltos antes. Para salir de esta embarazosa posicion, le pareció que el mejor servicio que podia hacer al país, era resolverlas, aunque incidentalmente, en el sentido que despues de maduro exámen pareciera mejor, no dudando que mereciera lo que ahora se considera por algunos como una invasion, el asentimiento de los poderes públicos y la aceptacion general. Y asi fué: las Córtes Constituyentes estaban reunidas, como lo estuvieron sin intermision por espacio de mas de ocho meses despues de publicada la ley, y seis meses despues de hallarse en observancia, y sin embargo, á pesar de que en ellas se trataron cuestiones que tenian relacion bastante inmediata con la ley de Enjuiciamiento civil, ni una sola voz se alzó atribuyendo á la Comision esceso en este punto. Tan general era la idea de que habia entendido bien la ley de autorizacion otorgada al Gobierno, y de que el trabajo no se concebia si no habia de dar uniformidad y fijeza á las leyes, en todo lo que inmediatamente estuviera enlazado con el procedimiento.

Esto supuesto, uno de los puntos que al tratar del juicio de retracto debia comprender la Comision era la fijacion del dia desde el cual empezaba á correr el término para retraer. Y esto si bien puede decirse que corresponde al Código civil ó á la ley *sustantiva* en cuanto declara un derecho, no es tan estraño que el Código de procedimientos fije el término preciso, fatal, improrogable, dentro del que debe entablarse la demanda de retracto saliendo al encuentro de opiniones diametralmente encontradas y de prácticas locales é inciertas, que al grave inconveniente de la desigualdad de derecho que llevan consigo, ceden en desprestigio de la administracion de justicia, cuyo crédito no queda muy bien parado cuando en un punto se rechaza por tardíamente entablada la demanda que en otro se admite sin dificultad como presentada dentro del término legítimo.

Fíjese la atencion en lo que sucedia antes de la ley de Enjuiciamiento civil respecto á este punto, tanto respecto á las ventas

convencionales, como á las que se hacen en pública licitacion.

Respecto á las primeras, las opiniones estaban muy divididas en lo tocante al dia desde que habian de empezar á correr los nueve concedidos para retraer. La generalidad de los jurisconsultos, y entre ellos el célebre Covarrubias, Gutierrez, Acevedo y Matienzo, sostenian que debian contarse desde la convencion, fundándose en la interpretacion literal de las leyes; pero contra ellos se levantaba la respetable autoridad de Antonio Gomez, que pretendiendo que el espíritu de las leyes se sobrepusiera á las palabras con que habian sido redactadas, sostenia que debian los nueve dias contarse desde la tradicion, y defendia su opinion con vigor y energía contra la práctica y contra la mayor parte de los doctores de la Universidad de Salamanca.

Respecto á las ventas hechas en pública licitacion, es cierto que la ley 70 de Toro ordenó que los nueve dias se contaran desde el del remate, pero no por eso dejaba de ser objeto de controversia entre los jurisconsultos. Pretenden algunos, como Castillo y Matienzo, que los nueve dias otorgados para retraer debian contarse despues de pasados los nueve que por práctica se concedian al deudor para retraer por el tanto los bienes inmuebles vendidos en almoneda pública; práctica que atestiguan Covarrubias, Diego Perez y Gutierrez, y en los tiempos modernos Febrero con sus adicionadores y continuadores, y Llamas y Molina, en cuyo caso el término para retraer no seria de nueve sino de diez y ocho dias contados desde el remate; y no dejaban de alegar Matienzo y Castillo razones en apoyo de su opinion, que si bien no decisivas, á nuestro juicio, tenian sin embargo fundamentos no despreciables, pues que decian que hasta pasados los nueve dias que tenia el deudor para el tanteo no podia reputarse la cosa como vendida, puesto que pendia del cumplimiento de una condicion resolutoria y en que se seguiría perjuicio al deudor que dentro de los nueve dias quisiera retraer si concurriera un pariente á litigar sobre el retracto.

Pero además suscitaban los jurisconsultos otras cuestiones que comprendian tanto á las ventas privadas como las hechas en pública licitacion, á saber si los nueve dias debian contarse de dia á dia, ó de momento á momento, fundándose unos en las leyes que hablaban del tiempo y otros del dia desde que se concedia el retracto. Esta cuestion la examinan Gutierrez, Antonio Gomez, Diego Perez, Gregorio Lopez, y Palacios Rubios, que fué uno de los que asistieron á

las Córtes de Toro, y Llamas, de los cuales alguno discordó de los otros, de modo que no llegó á formarse una opinion que pasara en la práctica como incontrovertible. En prueba de las dudas á que daba lugar aun en los tiempos modernos esta cuestion, tenemos el ejemplo del candoroso y recto jurisconsulto cuya obra de derecho español es la primera que entra en nuestras manos cuando empezamos á estudiar el derecho patrio: este jurisconsulto es D. Juan Sala, que declaró que ambas opiniones eran igualmente probables, y que habiéndose inclinado en el apéndice de *retractibus* de sus *Instituciones romano-hispanas* á la opinion de que debia el término contarse de momento á momento, con lealtad y buena fé, adoptó la segunda en su *Ilustracion del derecho real de España.*

Pero aun fuera de las cuestiones debatidas por los jurisconsultos, naturalmente se suscitaban otras, que no podian ocultarse á la Comision. Desde luego se debe tomar en cuenta que hay tres clases de ventas en pública subasta: unas que se hacen espontáneamente por los interesados que quieren hacerlas ó bien por sí, ó bien para darles mas solemnidad é importancia al mismo tiempo que mayores garantías acuden al juez; otras que son actos de jurisdiccion voluntaria aunque necesarios por la ley para la enajenacion, como sucede con los bienes inmuebles de los menores é incapacitados, y otras que son el resultado de un procedimiento de apremio, bien provenga de un juicio ejecutivo, bien de una condenacion criminal. Respecto á las enajenaciones de las dos primeras clases no habia dificultad: pero sí respecto á las de la tercera clase. En estas, segun la jurisprudencia anterior á la ley de Enjuiciamiento civil, el remate debia ser aceptado por el postor: despues se conferia de él traslado al deudor y acreedores; si nada decian dentro de tercero dia, acusada la rebeldía por el postor á peticion de éste se aprobaba el remate, se mandaba entregar los títulos de las fincas vendidas y liquidadas sus cargas, liquidacion que debia ser aprobada por el juez despues de oir nuevamente al deudor, acreedores y postor, depositaba este el precio del remate, pedia posesion, se le mandaba dar y entonces era cuando el juez procedia al otorgamiento de la escritura. Esto supuesto preguntamos ahora ¿debian contarse los nueve dias desde el remate antes de aceptarse por el comprador, antes de oir sobre él á los que debian ser oidos, antes de que el juez lo aprobara, antes de que se examinaran los títulos, antes de que se liquidaran las cargas, antes de que pudiera el postor pedir la posesion, antes de que el juez es

tuviera autorizado para otorgar la escritura? De seguro que encontrarán de difícil resolucion estas preguntas aun los que creen que por la ley de Toro debe entenderse literalmente el término desde el dia del remate, porque antes de la aceptacion se consideraba no perfeccionado el remate por mas que esto fuera una mala práctica, y sino seria ocioso este trámite; porque antes de la aprobacion judicial, el remate no era subsistente mas que por una de las partes; porque antes de la exhibicion de títulos no estaba acreditada la pertenencia de los bienes; porque antes de la liquidacion no habia precio verdadero que pudiera ser consignado, ni comprador á quien entregárselo, pues que todavía no lo habria satisfecho y mal podia recibir el precio que él no habia entregado; porque no habia cosa que entregar al retrayente, pues que pendientes las diligencias judiciales no se sabia aun si quedaría ó no firme la venta, cuando la esperiencia enseña, que por lo defectuoso de la titulacion de las fincas, quedaban muchas veces sin ser efectivas las ventas hechas en remate. Basten estos argumentos para manifestar las dificultades que en las condiciones de nuestra legislacion anterior encontraba la prescripcion de la ley de Toro en su ejecucion práctica.

La ley de Enjuiciamiento civil ha reformado mucho estos trámites: como innecesaria ha omitido la aceptacion del comprador; ha mandado que en el acto el juez apruebe el remate y que disponga la entrega de los títulos de pertenencia al comprador para su reconocimiento y le señale el término que requiera su estension, y solo despues de esto y cuando están suplidos los defectos de la titulacion, es cuando se admite la consignacion del pago y el deudor ó el Juez otorgan la escritura. Esta sola indicacion basta para que se conozcan los inconvenientes, sino en tanta escala, como en el antiguo sistema, de importancia al menos para considerar que no podia retraerse la cosa, cuando aun podia admitirse el precio al que como comprador habia adquirido la cosa en el remate.

Y por otra parte ¿sería prudente establecer reglas diferentes para cada clase de ventas? No nos parece así: una regla general nueva y uniforme á la vez que concluía con todas las antiguas cuestiones nivelaba la jurisprudencia y hacia practicable lo que como antes estaba escrito se hacia frecuentemente imposible, salvaba todas las dificultades. Esto es lo que creemos que dominaria en la Comision, sin que para decirlo, tengamos otros títulos que los que nos sugieren las razones que dejamos espuestas.

Ni dejó de manifestarse en el mismo artículo 674 de la ley el espíritu reformador de la Comision que introdujo en él otras innovaciones no menos graves que la que ha dado lugar á esta cuestion de las que por iguales motivos podria decirse que correspondian al Código civil. Los requisitos 4.°, 5.° y 6.° bastan á demostrarlo. Hasta la ley ni tenia el que retraía la finca gentilicia la obligacion de comprometerse á conservarla por el espacio de dos años, ni por cuatro el retrayente condueño, ni por seis el retrayente que obteniendo ya el dominio directo ó el útil queria consolidarlos. El artículo 674 es sin duda uno de los de la ley de Enjuiciamiento que mas modifican el antiguo derecho civil: no debe pues estrañarse que entre sus modificaciones se comprenda tambien la de la igualacion de todas las ventas para el efecto del retracto, señalando como término desde que debe comenzar el concedido para retraer el otorgamiento de la escritura. Por estas consideraciones nos inclinamos á la opinion del suscritor que dá su dictámen en el artículo que antecede.

**Los Directores de la Revista.**

## DE LOS COMPROMISOS DE SIMPLE PALABRA.

### CUESTIONES.

1.ª—*¿Es válido un compromiso celebrado de simple palabra antes de 1.° de enero de 1856, dia en que empezó á regir la nueva Ley de Enjuiciamiento civil?*

2.ª—*En caso negativo, ¿quedaron ó no obligadas las partes compromitentes á poner sus pleitos en manos de avenidores, al tenor de lo acordado en la estipulacion arbitral, y en conformidad á la ley 1.ª, tít. 1.°, lib. 10 de la Novísima Recopilacion?*

### DICTÁMEN.

La primera de las antecedentes consultas se halla ya contestada negativamente en el tomo 10, pág. 82 de la Revista, con la lucidez y copia de razones propias de jurisconsultos tan distinguidos, pero de una manera equivocada, en mi humilde concepto, con respecto á este Principado de Cataluña, donde no se hallan en observancia de la legislacion comun de Castilla otras disposiciones, que las posteriores al Real decreto de Nueva Planta del Señor Rey D. Felipe V, de 15 de enero de 1716, por el cual fueron de nuevo restablecidas las Constituciones que antes habia en Cataluña, y «se las concedió la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en

él» (cap. 56 de dicho decreto, ley 1.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Novísima Recopilacion, cap. 42).

Sentados estos preliminares, examinemos ahora si nuestras Constiuciones resuelven la 1.ª cuestion propuesta. Ya confiesan VV. al final de la pág. 83 del citado tomo 10 de la REVISTA, que ni las Constituciones 1.ª y 2.ª, ni mucho menos las restantes del tít. 13, libro 2.º, determinan la forma como debe constituirse el acto del compromiso, infiriendo de esto que en su silencio debe recurrirse á la legislacion comun de Castilla, ó sea á la ley 23, tít. 4 de la Partida 3.ª, terminante en este punto, y aquí está la equivocacion á mi modo de ver.

Despues de publicado el referido decreto de Nueva Planta, no es el derecho de las Siete Partidas el supletorio del nuestro municipal, sino el canónico y romano como esplícitamente se ordena en la Constitucion única, tít. 30, lib. 1.º de los Usages y otros derechos de Cataluña, que dice así: «Axi be manam y ordenam ab loació y aprobació de la present Cort que los Doctors del real consell hajan de decidir y votar las causes ques portaren en la real Audiencia, conforme y segons la disposició dels Usatges, Constitucions y Capitols de Cort y altres drers del present Principat, y Contáts de Roselló y Cerdanya, y en los casos que dits Usatges, Constitucions y altres drets faltarán, hajan de decidir las dites causes segons la disposició del dret Canonic; ya quest faltán del Civil y doctrines dels Doctors; y que no las puguen decidir ni declarar per equitat, sino que sie regulada, y conforme á las regles del dret comú, y que aportan los Doctors sobre materia de equitat.»

Por consiguiente la validez ó nulidad de un compromiso verbal otorgado en Cataluña antes de regir la Ley de Enjuiciamiento civil, ha de declararse precisamente con sujecion á las disposiciones del derecho canónico y romano, toda vez que el nuestro municipal guarda completo silencio en esta parte, como acertadamente VV. reconocen en la mencionada página 83. Muchos son los testos de ambas legislaciones que sancionan la validez del compromiso verbal, aunque no haya mediado estipulacion solemne, como efectivamente medió en el que ahora se ventila en los tribunales de justicia, sino un mero nudo pacto; pero me limitaré á citar los que ni siquiera admiten interpretacion.

En los capítulos 5 y 9 de las Estravagantes se lee: *Est actio in factum ad sententiæ executionem, et exceptio statim datur, etiamsi*

*nudo pacto compromissum sit.* En la ley 11.ª, párrafo 3.º del Digesto, *de Recep. qui arbirt.* el jurisconsulto Ulpiano dice lo siguiente: *Interdum (uti Pomponius scribit) recte nudo pacto fiet compromissum.* El emperador Justiniano al principio de la ley 5.ª del Código, *de Receptis arbitris,* se espresa en estos términos: *Sancimus in eos arbitros, quos prædiximus, et quos talis consensus elegerit sub eo pacto, vel in scriptis vel non in scriptis habito, ut eorum definitioni stetur.* Se vé, pues, que la primera consulta debe contestarse afirmativamente por lo que atañe á las cuatro provincias de Cataluña, y negativamente respecto á las demás del reino, que se rijan por las disposiciones del Código Alfonsino.

La segunda tambien opino ha de resolverse afirmativamente y su distincion de provincias, porque la indicada célebre ley del Ordenamiento que ha venido á formar la 1.ª, tít. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, es obligatoria á todos los españoles.—FRANCISCO SULLÁ Y DE MOTES.

*Contestacion.*

Los Directores de la REVISTA no toman por regla general sobre sí la responsabilidad de las opiniones que se emiten en los diferentes artículos que insertan. Las firmas puestas al pié de cada uno así lo indican, y frecuentemente sucede que se publican opiniones encontradas, porque en la REVISTA caben todas las doctrinas jurídicas que se tratan convenientemente en el terreno de la ciencia. En el artículo á que se refiere el dictámen que antecede hay la circunstancia particular de que se hallaba suscrito por un indivíduo de la Direccion, arrebatado en su juventud á la ciencia y á sus amigos. Su opinion fué la que se estampó; su firma la que autorizó el artículo. Desearía la actual Direccion defender lo que estaba escrito por su apreciable compañero y aprovechar esta ocasion mas de darle el respeto que merece su memoria. Pero está convencida de que si hubiera tenido presente su ilustrado colega que en Cataluña hasta el Decreto de Nueva planta no es el derecho de Castilla, y por lo tanto tampoco son las Partidas las que suplen al derecho municipal, sino el derecho canónico y romano con arreglo á sus Constituciones, habria escrito en otros términos el último párrafo del artículo que ha dado lugar á estas observaciones. Creen mas: que advertido de la equivocacion, en su buena fé, en su lealtad reconocida se hubiera apresurado á rectificar lo que habia escrito: esto, lejos de rebajar su buen nombre, lo enaltecería. Asi los Directo-

res de la REVISTA al paso que cumplen con el deber de emitir su opinion en el punto acerca de que se les pregunta lo que creen necesario, atendida la mision que voluntariamente se han impuesto, están en la inteligencia de que interpretan fielmente los sentimientos que constantemente animaron á su malogrado compañero rectificando lo que, á vivir él, habria sin duda corregido.

**Los Directores de la Revista.**

# DERECHO ADMINISTRATIVO.

*¿Los Consejos provinciales pueden reformar su resolucion una vez dictada en asuntos de quintas?*

Contestamos negativamente á la consulta que antecede. Fundámonos para ello en las consideraciones siguientes:

1.ª Porque ningun acto de una autoridad que causa estado atribuyendo derechos ó negándolos, es reformable por ella misma.

2.ª Porque sostener lo contrario equivale á tener en incierto derechos que ya definitivamente se hallan declarados, y que si bien no puede decirse que hay ejecutorias en la materia de que se trata, existen en realidad decisiones que por haber llegado á ser irrevocables se asemejan á ellas.

3.ª Porque de establecerse que en decisiones referentes á quintas pudieran dejarse sin efecto las que antes estaban acordadas, se seguiria una gran perturbacion en el servicio público, en los derechos de los particulares, y se abriría una ancha puerta á la arbitrariedad y á los abusos.

4.ª Porque con arreglo á los artículos 129 y 136 de la ley de reemplazos vigente, de las resoluciones adoptadas por las Diputaciones provinciales, á que en este punto han reemplazado los Consejos de provincia, solo hay recurso para el Ministerio de la Gobernacion, que segun el art. 138 debe decidir definitivamente, pero despues de oir al Consejo de Estado.

5.ª Porque en un caso no igual, pero sí análogo, á saber, respecto á los fallos de los Consejos de provincia en los asuntos contencioso-administrativos, dice la ley orgánica de estos cuerpos en su artículo 18 que no podrán reformar sus sentencias, disposicion que parece debe hacerse estensiva por igualdad de razon á las resoluciones en cuestiones de quintas.

**Los Directores de la Revista.**

## SECCION DOCTRINAL.

# ENSAYO HISTÓRICO-FILOSÓFICO-LEGAL SOBRE EL DUELO (1).

(*Conclusion.*)

## V.

### LEYES REPRESIVAS DEL DUELO.

El duelo en la época de su aparicion y en la edad media tuvo su natural defensa en la legislacion y en las costumbres. Habia de llegar un dia en que perdiese en mucha parte su favor, y este dia habia de ser naturalmente aquel en que robustecido el principio de la autoridad pública, el poder se sintiese bastante fuerte para desarmar á la venganza privada, y tomar sobre sí la defensa de todos los intereses. Los Reyes Católicos fueron los primeros que entre nosotros acometieron la empresa de proscribir el desafío, y seguramente la ocasion no pudo ser mejor elegida. Los gobiernos para entonces no necesitaban tener ya con el duelo las contemplaciones que en tiempos anteriores, pero por desgracia se hicieron la ilusion de que podian desterrar esta costumbre en una hora, castigando á los duelistas con la pena de muerte y el perdimiento de sus bienes; y la famosa ley de Toledo cayó en completa inobservancia y desuso cabalmente por demasiado severa.

Si se hubiera meditado un poco sobre este resultado; si se hubiera tenido presente que el duelo era una costumbre arraigada en los hábitos del país despues de muchos siglos, y que nadie es bastante poderoso para romper con lo pasado y con el espíritu de la edad en un solo dia, no se habria dictado mas tarde por Felipe V otra ley en el mismo sentido, y mas severa aún, y por lo mismo mas absurda. Pero el poder tiene tambien su amor propio, y una vez empeñada su vanidad quiso mostrarse fiero, inexorable, publicando la famosa pragmática de desafíos, que es la ley 2.ª, tít. 20, lib. 12 de

(1) Véanse las págs. 5 y 177 de este tomo.

la Novísima Recopilacion, en cuyas disposiciones se revelan bien la ira del legislador y el sentimiento que tenia de su debilidad en frente de los obstáculos de todos géneros que le oponian los instintos públicos. ¡Error grave ciertamente imaginarse que con un rigor exagerado se habia de llegar á conseguir lo que todo el poder de las ideas religiosas en una sociedad fanatizada, y los anatemas y maldiciones de la Iglesia no habian conseguido! ¡Error grave y pueril creer que calificando al desafío de uso detestable, con otras odiosas denominaciones, la sociedad habia de cambiar en un momento de tendencias y de ideas! Bien puede afirmarse que ni un solo duelo dejó de llevarse á efecto por miedo á la severidad de las penas con que le castigaba la legislacion existente. Las leyes dictadas contra el desafío en el enojo y despecho de los gobiernos serán siempre ineficaces para su represion, y en esta parte la legislacion necesita una REFORMA COMPLETA, FUNDAMENTAL, grande y generosa en sus tendencias.

Al ocuparse de esta reforma, la primera cuestion que hay que resolver en el órden lógico con que las ideas se anuncian al entendimiento humano en esta materia, es si se ha de comprender el duelo en las decisiones de derecho comun respecto del delito de heridas ó de homicidio, ó si deberá ser objeto de una ley especial.

No hay que confundir con esta idea la anunciada por algunos de que el duelo debe ser juzgado por una legislacion privilegiada, y castigado con penas que tuvieran hasta cierto punto este mismo carácter. No queremos para el duelo una legislacion de privilegio, como no la queremos para nada. Las leyes no deben mimar al desafío, pero sí deseamos una legislacion imparcial, oportunamente severa, pero justa, una legislacion en que se atienda al carácter especial de este delito para que no se le confunda con las heridas causadas á traicion y sobre seguro, ni con el asesinato, ni con el homicidio en quimera.

En este sentido el duelo necesita una legislacion especial por la sola razon de que es un delito especial, que se diferencia de los delitos comunes en su orígen, en sus motivos, en los medios de ejecucion, por todos sus caractéres y circunstancias; y en que se consulten estas diferencias, en que se determinen por ellas las reglas de la penalidad, no hay privilegio, no hay odiosas escepciones, no hay honor para el desafío, así como no hay ninguna de estas cosas cuando se pena el robo de diferente manera que el hurto, cuan-

do se castigan los delitos políticos de distinto modo que los demás.

Un principio es de derecho comun que la tentativa de delito, cuando no se ha dado principio á su ejecucion, no es un hecho justiciable; y así el que intenta cometer un robo ó un homicidio, y prepara los medios, pero no pasa de aquí, no es castigado como ladron ni como homicida. Sin embargo, todas las legislaciones hacen escepciones importantes en la aplicacion de esta teoría á los delitos que pueden afectar la seguridad del Estado. En estos crímenes, la tentativa por sí sola es un delito especial. Una conspiracion para trastornar el órden público cuando los planes de los conjurados no han salido de su gabinete, no es mas que la tentativa lejana de aquel crímen; y á pesar de eso no hay un código penal en que no se declare que la simple conspiracion es un delito *sui generis*. ¿Y por qué se apartan las leyes en este punto de las teorías generales de la penalidad? Por la misma especialidad de los hechos, por su carácter peculiar, por las circunstancias que distinguen á los delitos políticos de los demás, que es cabalmente lo que sucede con el duelo. Distinguiéndose este delito de todos los otros por muchas y muy singulares circunstancias, la justicia exige igualmente que se le persiga y se le pene conforme á su índole.

Fundados en este principio, creemos que no tienen razon los que sustentan que en un código penal no debe hacerse mencion especial del desafío, sino que comprendiéndole en las decisiones del derecho comun respecto del homicidio y las heridas, se le debe juzgar como un homicidio comun, ó como una herida en el caso que tenga este resultado. Seria monstruoso y hasta inícuo confundir delitos tan diferentes.

En el duelo (ya lo hemos dicho antes de ahora) hay que distinguir siempre entre el que lo provoca y el que lo acepta, entre el que es arrastrado á él por un motivo ligero y el que lo ha sido por una causa gravísima, entre el que ha dado motivo para esta provocacion y entre el que no ha hecho mas que resignarse á un sacrificio que él hubiera querido evitar; hay que distinguir entre la simple provocacion y aceptacion del duelo y entre el duelo concertado, entre éste y el que se ha llevado á su término, entre el que no ha tenido ningun resultado, y entre el que ha producido las heridas ó la muerte de alguno de los combatientes.

Pues supongamos un código penal en que no se hiciera mencion especial del desafío, y resultaria en muchos casos una monstruosa

penalidad. En el silencio de la legislacion, la jurisprudencia de los tribunales tendria que establecer como principio, ó que el desafío era una circunstancia de *agravacion* en los delitos de heridas y homicidio, ó que debia considerársele siempre como una causa *atenuante*, ó como un motivo de completa *esculpacion* y de escusa. Condenar á los duelistas en todo caso y sin distincion como reos de heridas ó de homicidio con circunstancias agravantes, ya se vé que seria prescindir de todos los principios de justicia, porque el duelo podrá ser un motivo de agravacion, cuando se trate del que le haya provocado sin ningun fundamento, de un espadachin, de un baratero; pero esta doctrina es inaplicable al hombre honrado y pundonoroso que acepta un desafío á su pesar, y que tiene la suerte de matar ó herir á su contrario.

Los mismos inconvenientes, la misma desigualdad é injusticia resultarian de comprender el desafío por regla general entre las circunstancias atenuantes. Y absolver á los duelitas, absolverles siempre, comprendiendo el duelo entre las causas que eximen de responsabilidad, como la locura, la propia defensa, etc., seria retroceder á los tiempos de barbarie, y dar un testimonio de demencia contra el cual se sublevaria el espíritu público. Porque en efecto el duelo en algunos casos es en nuestra opinion tan legítimo como el derecho de propia defensa, cuando se acepta como el desagravio posible de ultrajes, para cuya reparacion no hay defensa en las leyes ni en la autoridad pública; pero fuera de estos casos es una verdadera iniquidad, y ya lo hemos dicho otra vez, para nosotros como para todos es un acto de baratería y de salvagismo. En esta suposicion ¿qué medio queda para reprimir el duelo en lo que es justo reprimirle, y al propio tiempo hacer respecto de él las escepciones que reclaman de comun acuerdo la razon y una severa justicia?

No le hay á nuestro entender como no sea el de formar una LEY ESPECIAL en que, atendiéndose á la índole particular de este hecho, se dicten los preceptos y prescripciones que reclama la misma.

A no ser que se prefiera establecer entre nosotros la JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES FRANCESES, jurisprudencia que si es aceptable en un país en que la legislacion guarda un profundo silencio sobre el desafío, no es para imitarla como modelo, porque lleva muchas veces á los tribunales de justicia á la contradiccion, al absurdo.

En el Código penal francés no se habla del duelo ni una sola

vez, ni por incidencia siquiera; ni se le considera como circunstancia agravante, ni como motivo de atenuacion, ni como causa de escusa. Este silencio de la ley ha dado lugar á graves escándalos y controversias, y á dos jurisprudencias é interpretaciones distintas, porque algunos jurisconsultos creían que los legisladores no habian querido comprender el duelo entre los delitos y que por consecuencia estaba admitido y tolerado de todo punto; otros opinaban por el contrario que en el Código penal no se hablaba del duelo por considerarle comprendido en las decisiones del derecho comun respecto del homicidio y de las heridas.

Triunfó por fin esta última opinion, aunque al través de graves dificultades, y esta es la jurisprudencia establecida por los fallos del Tribunal de Casacion, gracias á los esfuerzos de un eminente jurisconsulto, el célebre Mr. DUPIN, que supo comunicar á las decisiones de aquel cuerpo en esta materia toda la energía de su carácter severo é inflexible.

Pero esta jurisprudencia que en el absoluto silencio de la ley nos parece racional y aceptable, tiene el inconveniente de haber producido en Francia grandes escándalos para la justicia, enérgicas reclamaciones contra el poder; todo por no haber hecho en el código mencion especial del desafío, y haber determinado en unos pocos artículos las reglas de su penalidad en todas las suposiciones posibles.

En Francia sucede despues de la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Casacion que los tribunales absuelven á los duelistas siempre que del duelo ha resultado la muerte de uno de los combatientes, á lo menos mientras no aparecen graves cargos de provocacion, ó de deslealtad contra el homicida, por el justo temor de que pudiera aplicársele la última pena, la pena del asesinato. Al contrario cuando uno de los combatientes ha salido solamente herido con mas ó menos gravedad, los tribunales condenan al culpable; de donde resulta que si el duelista tiene la suerte de matar á su contrario queda completamente impune, y desafía á la legislacion, y á pesar de Mr. Dupin se burla de la justicia; y si no ha hecho mas que herirle es condenado á la pena de prision ó á la de trabajos. Contradiccion inaudita, que hace poco honor á la civilizacion de la Francia, á la dignidad del gobierno y de la magistratura; pero contradiccion inevitable, porque mas repugnante seria el espectáculo de un patíbulo levantado contra un hombre, que arrastrado por la

fuerza de las ideas y de las costumbres á aceptar apesar suyo un lance personal, hubiera tenido la suerte de matar en él á su enemigo.

Contra esta imprevision del legislador reclaman enérgicamente la razon y la conciencia pública, y ya en 1845 los diputados Mr. Taillander y Mr. Ducon presentaron en la cámara un proyecto de ley que no se tomó en consideracion, pero que produjo una discusion interesante en la que tomaron parte sus autores para apoyarle, Mr. Guizot, el Ministro de la Justicia, y por último el célebre Mr. Dupin. Las razones aducidas por los autores de la proposicion fueron las que hemos indicado. El génio atrevido de Mr. Guizot dió interés al debate, pues que elevándose á mas altas consideraciones, y, sacando la cuestion del terreno estrecho de la jurisprudencia llegó á decir que el desafío no era una preocupacion, sino un progreso de la civilacion y de las costumbres, porque hay intereses y sentimientos en el hombre que solo el duelo puede proteger con eficacia.

El Ministro de la Justicia que habló en contra del proyecto intentó demostrar que la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Casacion habia producido escelentes resultados, pues que segun los datos estadísticos desde 1836 que se habia logrado uniformar la jurisprudencia en esta parte del derecho, los duelos se habian disminuido considerablemente.

No probaba mucho á la verdad este argumento, porque no basta que en cierto número de años, en un corto período haya sido menos frecuente el uso del desafío, si no se principia por demostrar que esto se debe á la bondad de la jurisprudencia establecida, y no á otras causas mas generales. En la Francia de 1827 á 1836 no tiene nada de estraño que el número de desafíos fuese mayor que en los años posteriores. Por una parte las tendencias del gobierno de la restauracion mas inclinadas al espíritu caballeresco de la antigua sociedad que á las costumbres de los pueblos modernos, los principios en que descansaba la organizacion política del país, la agitacion de las pasiones mal reprimidas, los escritos de Chateaubriand, la escuela romántica apoderada del teatro; y por último, la revolucion de julio, los sentimientos é ideas que esta despertó, las sectas filosóficas, la lucha de los partidos y de los principios, el desencadenamiento de la democrácia, esplican perfectamente aquel fenómeno.

Ya en 1837 habian desaparecido todos estos motivos. El heroismo y entusiasmo de los primeros dias de la revolucion iban estin-

guiéndose, los partidos políticos habian tenido dias de prueba, y las virtudes cívicas iban cediendo su puesto al positivismo, á la codicia; ya no sonaba el eco de guerra que partia de la altura del gobierno cuando la revolucion y la dinastía temblaban por su seguridad; las costumbres se habian dulcificado, y la sociedad se habia hecho mas egoista, mas inmoral y corrompida, pero tambien menos turbulenta.

A la verdad, muy débil era la demostracion que el Ministro de la Justicia queria hacer con los datos de la estadística criminal. Apelando á estos mismos datos los autores del proyecto hubieran podido desmostrarle que desde aquella época las causas de envenamiento y los desórdenes de familia se han multiplicado en Francia de tal modo, que no hay quien no se estremezca por su seguridad aun en el asilo doméstico, sin que la legislacion antes ó despues haya sido ni mas ni menos severa contra estos delitos, sin que haya cambiado la jurisprudencia establecida respecto de ellos; lo cual prueba que no son estos cambios, sino la modificacion de las ideas y de las costumbres y otras causas generales por las que hay que esplicar las alteraciones de la estadística criminal, si han de esplicarse filosóficamente.

Otra cosa es que el Ministro de la justicia tuviera razon en combatir el proyecto de ley presentado á la deliberacion de la Cámara. Mala como nos parece la jurisprudencia establecida en Francia, es preferible lo que hay á lo que queria sustituirse. Establer una legislacion privilegiada sobre el desafío, castigarlo en el caso mas grave con penas correccionales, no hacer ninguna distincion importante entre el que provoca un duelo y el que lo acepta, no distinguir tampoco el duelo provocado por causas gravísimas del que lo es por un motivo leve, confundir en la penalidad á un baratero con un hombre honrado y pundonoroso, hubiera sido canonizar un conjunto de absurdos y dispensar al desafío un honor que no todas las veces merece (1).

---

(1) La proposicion de los Diputados Taillander y Ducon estaba concebida en estos términos:

Artículo 1.° Al que provoque un desafío se le impondrá la pena de un mes á un año de prision y una multa de 16 á 500 francos.

Art. 2.° Al que se batiere en desafío, 3 meses á 2 años y una multa de 300 á 1,000 francos.

Art. 3.° Si del desafío resultase alguno herido ó quedase imposibilitado de trabajar dentro de los veinte dias de haberlas recibido, se impondrá al

En una brillante peroracion condenó Mr. Dupin todos los errores del proyecto, y alzó tambien su voz contra las palabras pronunciadas por Mr. Guizot favorables al duelo. Por mucho respeto que nos merezcan las opiniones de tan célebre magistrado, en su discurso hay algunas ideas que no podemos dejar pasar sin correctivo, si hemos de responder á todos los ataques que contra las doctrinas que sustentamos pudieran hacerse.

«Las leyes, decia Mr. Dupin en un arranque de elocuencia parlamentaria, las leyes castigan los crímenes, los delitos, las simples »contravenciones, ¿y todavía se quiere decir que hay ofensas contra » las cuales no queda mas medio que el del duelo?» Este argumento al parecer todo poderoso tiene una sencilla respuesta. No es la cuestion si las leyes castigan los grandes crímenes y los pequeños, las ofensas é injurias graves y las leves faltas, el caso es que hay ofensas é injurias de tal índole que el castigo que puede imponerlas la ley por severa que sea no es suficiente para su desagravio y reparacion; el caso es saber si esas leyes penales que castigan todas esas cosas, son bastantes para satisfacer al ultraje inferido, si lo son por borrar las manchas que este imprime en la reputacion del agraviado, si lo son para destruir la opinion desfavorable que se forma de quien tolera pacientemente cierto género de insultos, si bastan á desvanecer las presunciones de la malevolencia y la malicia; el caso es averiguar si el honor, la dignidad del hombre está bien defendida y amparada por esas leyes que todo lo castigan.

Otro error padeció Mr. Dupin al suponer que el objeto de los que se desafían es siempre derramar la sangre del contrario, para deducir de aquí que la pena de muerte que se imponen los que tal hacen por una ofensa al amor propio, por una disputa de café, por

---

que las haya causado, la pena de 1 á 3 años de prision y una multa de 500 á 2,000 francos.

Art. 4.° Si á consecuencia del desafío muriere alguno de los contendientes, el culpable será castigado con la pena de 2 á 5 años de prision.

Art. 5.° En caso de reincidencia la prision será por 5 años, pudiendo aumentarse hasta el doble.

Art. 6.° Además de estas penas los tribunales podrán prohibir al delincuente el uso de derechos mencionados en el art. 42 del Código penal.

Art. 7.° Los artículos 2, 59 y 60 de este mismo Código, relativos á la tentativa y complicidad, serán aplicables á los hechos previstos por esta ley.

Art. 8.° Si conociesen los jueces que en el delito existen circunstancias atenuantes, podrán aplicar la disposicion del art. 463 del Código penal.

un altercado en el juego, ó por cuestiones de mujeres públicas, es toda la justicia que puede esperarse del duelo.

Ya hemos demostrado antes de ahora que no es matarse lo que se proponen los duelistas, que es otra cosa la que se busca en un lance personal, y el sin número de desafíos que concluyen sin que los combatientes se maten, prueba á favor de nuestra doctrina. Es no comprender el desafío moderno juzgarle bajo este punto de vista, y es apelar á malas artes y confesar que no se tiene confianza en la causa que se defiende, combatir las opiniones enunciadas por Mr. Guizot refiriéndose á los desafíos por disputas de café ó altercados de mujeres. Ni este hombre célebre, ni nadie ha podido decir nunca que el duelo ocasionado por un motivo leve ó inmoral sea una cosa heróica, ni inocente, ni lícita: «Hay ciertos intereses y sentimientos en el hombre, que solo el duelo puede protejer, dijo Mr. Guizot en la Cámara francesa,» y al hablar así, seguramente no fué su intencion recomendar el desafío por una mujer pública, ni por los motivos inmorales del juego. Otros sentimientos mas respetables se propuso defender, y tratándose de ellos, no nos asusta el argumento de que los duelistas se hacen justicia á sí mismos imponiéndose la pena de muerte. Tambien el que se defiende de un ladron puede llegar á matarlo por solo salvar 20 rs. que lleve en el bolsillo de su chaleco. La moralidad de las acciones no se mide por su parte lamentable, sino por su índole.

Una verdad amarga se deduce de todo lo dicho hasta ahora, y es que no existe en parte alguna una buena legislacion sobre el duelo, y que todos los sistemas ideados, ó son ineficaces ó inconvenientes. Las leyes demasiado *severas* encuentran fuertes resistencias en la opinion pública y en la conciencia de los magistrados, y no se aplican nunca; leyes *privilegiadas*, igualmente indulgentes para todos los casos del desafío, como la que se propuso á la Cámara francesa, como la ley belga, chocan de frente con la razon y el buen sentido, porque cuando menos, tienen el inconveniente de no estar acomodadas á los buenos principios de la ciencia; comprender el desafío en las decisiones del derecho *comun* respecto del homicidio y las heridas, es prescindir de la índole especial de los hechos; guardar un *absoluto silencio* en la legislacion sobre el desafío es dar lugar á controversias y escándalos entre los mismos tribunales, y comprometerse como en Francia á aceptar una jurisprudencia, que en tal caso es aceptable, pero que no por eso deja

de conducir á contradicciones vergonzosas que desacreditan á la justicia, y que rebajan á los ojos del buen sentido popular la dignidad de los encargados de administrarla. Y esto es peor que lo que parece, porque la justicia no tanto es buena ni mala porque se administre con mas ó menos acierto, como porque los pueblos lo crean; la virtud de esta institucion está en la creencia, en la fé general.

Si se desea de veras una buena ley sobre el desafío, es preciso no ser ciegos admiradores de esta costumbre, ni tampoco preocuparse en su contra; hay que despojarse de todo género de prevenciones; condenar el duelo en su exageracion, nunca satisfacerle; pero sí absolverle alguna vez, aunque esta sea rara, y entonces podrá formularse una ley que no tenga los inconvenientes que los ensayos hechos hasta ahora.

Hagamos la prueba, y discurramos en todas las HIPÓTESIS que en esta materia caben.

1.ª *Hipótesis.* UN DUELO PROVOCADO Y NO ACEPTADO.—La simple provocacion de un desafío, cuando éste no se acepta, claro es que no merece penarse. A lo menos el legislador no debe hacerse cargo de este hecho en la legislacion especial sobre el duelo, porque una de dos cosas ha de suceder necesariamente. O la provocacion se ha hecho en términos injuriosos, y entonces será una injuria como otra cualquiera, que el provocado podrá llevar á los tribunales, ó éste se contenta con responder con un desdeñoso desprecio á la proposicion de desafío, sea ó no ésta motivada. De cualquier modo, si las cosas no han pasado de aquí, no hay ningun motivo de alarma para la sociedad, no hay ningun interés legítimo ofendido, el órden público no se ha perturbado, y por último, y esto es lo mas convincente, la ley nunca podria castigar la simple provocacion de un duelo mas severamente que lo que queda castigada con el desprecio del que no le acepta, ó con la pena que le impondrá el tribunal, cuando el provocado, considerándolo como una injuria, demande al provocador.

2.ª *Hipótesis.* UN DUELO PROVOCADO Y ACEPTADO.—Ningun interés social ni privado reclama tampoco que la ley persiga y castigue la provocacion y aceptacion del desafío cuando no llega á verificarse, porque los dos rivales vienen á un acomodamiento antes de concertarle definitivamente, ó porque el lance pasó en un momento de calor y despues no volvieron á acordarse. ¿Qué mas se puede desear que el que el desafío no se haya llevado á cabo por un aveni-

miento de las partes? ¿A qué mas puede aspirar la ley? Si en la simple provocacion y aceptacion del duelo hay un mal, la ley no le puede reparar de un modo mas eficaz que el avenimiento de los interesados. Este arreglo amistoso satisface á todos los intereses, á los intereses morales, á los de la sociedad, á los intereses privados; y el mal resultaria de que la justicia viniera con su intervencion y su aparato á turbar la paz acordada.

3.ª *Hipótesis.* Un duelo concertado definitivamente.—En la suposicion de un duelo concertado definitivamente con intervencion de padrinos ó jueces que hayan señalado el lugar del combate, la hora, las condiciones, las armas, tampoco hay un hecho justiciable para la ley, si en el momento de ir á batirse, ó por propia inspiracion, ó por los consejos y amonestaciones de los amigos, el combate se suspende, los interesados se dan una satisfaccion y se alargan la mano. Perseguirles despues de todo, seria ponerles en el caso de acudir á la mentira ó á otros medios para que los hechos no se averiguaran, y mas moral es no oponer ningun obstáculo para que ellos mismos puedan hacer pública la feliz terminacion de sus diferencias, aplaudiéndose por ello; mas moral es tambien dejar á los padrinos que se honren y gloríen de haber llevado las cosas á tan buen término por su mediacion, y de haberse conducido con tal prudencia y tal tino, evitando á dos personas estimables un lance sensible por un medio igualmente decoroso para ambas.

4.ª *Hipótesis.* Un duelo llevado á su término, pero sin consecuencias lamentables.—Ni aun en el caso de haberse batido los contendientes, comprendemos qué interés pueda tener la sociedad en perseguir el desafío, mientras éste no haya tenido consecuencias mas ó menos lamentables.

La única intervencion que racionalmente puede concederse á la autoridad en los diversos casos de un duelo que no haya concluido por la herida ni la muerte de ninguno de los combatientes, es para estorbar su realizacion. No negarémos á un Jefe polítitico, á un Juez, á un jefe militar ni al alcalde de un pueblo el derecho de intervenir, cuando sepan que un desafío se está concertando, para impedir que se lleve á efecto. No negarémos á un jefe militar el derecho de poner arrestado á un subordinado suyo con este fin, ni á un Jefe político ni á un alcalde el de apoderarse de las personas de los duelistas, el de amonestarlos y entregarlos á sus familias para que les hagan renunciar á su proyecto que pudiera traer su perdi-

cion y la de los suyos. Raro será el duelista pertinaz que se resista á las reconvenciones de la autoridad, á la mediacion de los amigos, á las lágrimas de sus hijos, y á los ruegos de sus parientes, y que espiado por todos á la vez, pueda llevar adelante un proyecto que ya se ha hecho público. Estos medios serán siempre eficaces, y en todo caso á la autoridad no puede negarse esa vigilancia superior para impedir todos los hechos que podrian terminar por un delito mas ó menos grave. Pero otra cosa es la intervencion de los tribunales; estos no tienen una autoridad preventiva; la justicia juzga y decide, y solo cuando el duelo se consuma resultando la herida ó la muerte de los duelistas, es cuando puede ser objeto de un juicio criminal.

5.ª *Hipótesis.* UN DUELO QUE HAYA TENIDO TRISTES RESULTADOS.— Llegado este caso es ya legítima y necesaria la intervencion de los tribunales, porque ya hay un hecho que puede ser justiciable. La legislacion especial sobre desafíos debe partir de este supuesto. Descartados todos los hechos sobre que hasta aquí hemos discurrido, las prescripciones de la ley deben descansar en esta base, en la suposicion de un duelo realizado con consecuencias lamentables. A partir de este principio, ¿por dónde deberá comenzar una ley especial sobre desafíos? ¿y qué deberá comprender, cuál deberá ser su pensamiento?

La primera declaracion de una ley sobre el duelo deberá ser definirle y caracterizarle.

Un combate personal concertado por los mismos combatientes y verificado sin intervencion de testigos ó padrinos, aunque se haya llevado á cabo con lealtad, no es un duelo. Las leyes no deben reconocer el desafío, sino cuando este se concierta por los padrinos, y se verifica con su asistencia. En otro caso los combatientes deben ser considerados como reos del delito de lesiones ú homicidio con circunstancias mas ó menos agravantes, sin ninguna contemplacion al desafío.

A los padrinos, á estas personas desapasionadas corresponde tambien el concierto de las condiciones, así como es de su deber el procurar reconciliar á los desafiados por cuantos medios les sugiera su prudencia, debiendo ser en otro caso considerados como cómplices del delito de lesiones ú homicidio segun los resultados del duelo.

El padrino que en vez de contribuir á que el desafío no se verifique, incite á los combatientes para que se batan, ó antes ó despues

provoque á alguno de ellos, será considerado como reo de lesiones ú homicidio con circunstancias agravantes.

Tampoco la eleccion de armas debe dejarse á los que se desafian, y menos á uno de ellos, como sucede ahora, segun los usos recibidos en nuestro país.

Los padrinos son los que deben elegirlas, y al hacerlo deberán procurar antes que todo igualar HASTA DONDE SEA POSIBLE la condicion de los combatientes. Y contra los padrinos que así no lo hagan la ley deberá ser muy severa, porque en esto el legislador puede estar seguro de tener en su apoyo el sentimiento público, que no tanto se lamenta del duelo, como de que la legislacion no tenga medios de reprimir la osadía de ciertas gentes, que porque han recibido algunas lecciones de florete ó de sable, buscan estos lances contando con que si alguno responde á sus provocaciones, la eleccion de armas ha de ser suya. Así los desafíos se convierten en un objeto de diversion y de mofa para los hombres turbulentos. LA PISTOLA ES EL ARMA DEL DESAFÍO MODERNO. Es por lo menos con la que se prueba la sangre fría, y el valor que nace de un sentimiento de pudor y de vergüenza. Solo entre dos militares, ó cuando los combatientes de comun acuerdo lo acepten, es ya tolerable la eleccion del sable ó del florete; generalmente hablando, el arma blanca es el arma de los cobardes, que fian, mas que en su valor, en la fuerza de su brazo ó en su destreza. ESTA OPINION PARECERÁ ESTRAÑA. Asusta en efecto la idea de un desafío á pistola por la posibilidad de que termine muy funestamente, pero en cambio desaparecerían los duelos por moda, los hombres de bien no estarian espuestos á la burla de un espadachin, y serian pocos los duelos que se llevasen á cabo, porque los padrinos mostrarian grande empeño por estorbarlo, y los interesados vendrian mas fácilmente á un acomodamiento.

A estas primeras declaraciones deberian seguirse en la ley las que naturalmente se deducen de los motivos que hayan dado lugar al duelo, porque esta distincion es indispensable.

El duelo ha podido provocarse por un interés inmoral ó corruptor, por un motivo leve ó frívolo, ó por una causa grave que á lo menos de parte de alguno de los combatientes haga legítima ó disculpable su accion.

Supongamos que un marido es provocado á duelo por el amante de su mujer para aterrarlo, y con intencion de que consienta ó tolere su deshonra; figurémonos el caso de un desafío provocado con

el objeto de sacar á otro un interés pecuniario. En cualquiera de estas dos HIPÓTESIS, si el lance se ha verificado resultando la herida ó la muerte del que fué provocado á aceptarlo, el provocador debe ser considerado como reo de lesiones ú homicidio con agravacion, y espiar este crímen en un presidio ó en un cadalso; y los testigos nombrados por su parte que no hayan sido engañados respecto de sus motivos, que hayan procedido con un verdadero conocimiento de la causa, serán cuando menos cómplices de los mismos crímenes. Pero el marido provocado de tal manera, el hombre pacífico y honrado á quien por tal medio queria robarse, que hayan tenido la suerte de herir ó matar á su contrario, deberán ser absueltos libremente, y proclamada su inocencia en los tribunales.

Suponiendo un duelo provocado por una causa ligera, en una disputa de café, en un altercado sobre el juego, la ley deberá consultar en este caso varias circunstancias.

1.ª Quién ha dado causa al desafío.

2.ª Quién provocó á duelo á su contrario.

3.ª De qué modo los padrinos concertaron el lance, y qué esfuerzos hicieron para evitarlo.

El que por una imprudencia dió causa al duelo, y el que por un motivo leve le provocó, deben ser considerados igualmente como cómplices del delito de lesiones ú homicidio, segun que el resultado del desafío haya sido la muerte ó la herida de alguno de ellos; pero al hacer la ley esta declaracion debe dejar á los tribunales ancho campo para recorrer la escala de las penas, é imponer á los culpables la última, la mas pequeña de las designadas en el derecho comun al delito de heridas ú homicidio, autorizándoles además para recomendar á los reos á la real gracia, si por las circunstancias del hecho alguno de ellos lo mereciere. No hay peligro ni inconveniente en dejar á la sensatez de los magistrados esta libertad, esta anchura, para que decidan en un juicio de esta clase sin ninguna repugnancia, sin luchar entre su deber y su conciencia.

En la hipótesis de que el duelo se verifique por una causa grave, las prescripciones de la ley deben ser otras. Entendemos por causa grave uno de aquellos ultrajes que lastiman profundamente la reputacion, que rebajan la dignidad de un indivíduo, que hieren ciertos sentimientos é intereses que el hombre debe conservar á precio de su existencia, si ha de ser digno de estimacion, y en cuya defensa y proteccion las leyes y los poderes públicos son por desgracia ineficaces.

Bien comprendemos que será difícil la calificacion de los hechos en el terreno de la práctica, pero en materias criminales algo hay que fiar siempre á la ilustrada probidad de la magistratura; algo hay que dejar al buen sentido, al poder de la conciencia, y á la responsabilidad moral que impone la fuerza de la opinion pública.

No es esto aconsejar que en el caso de un desafío por motivo grave las leyes no puedan ni deban estrechar el campo de la arbitrariedad judicial hasta donde sea posible.

La legislacion debe distinguir entre el que dió causa al desafío, y el que se vió obligado á provocarlo ó aceptarlo á su pesar por la insolencia ó villanía de su contrario. El primero será considerado como reo de heridas ó de homicidio, y esta debe ser la primera declaracion de la ley, mientras que el segundo no deberá ser condenado mas que á una prision por cierto tiempo en una fortaleza, ó si se quiere, á otra pena corporal que no imprima infamia ni deshonra.

Puede haber ciertamente motivos que atenúen aun en estos casos la responsabilidad criminal del que dió causa al duelo con sus atrevimientos ó insultos, y que agraven en parte la culpa de su contrario.

Puede suceder que el hombre insolente al principio, en un momento de reflexion ó de calma, cediendo á un sentimiento de deber ó á las amonestaciones de los padrinos, reconozca su error y se preste á dar al ofendido una satisfaccion decorosa y cumplida á juicio de los mismos, que es á quienes corresponde en este caso naturalmente la decision.

Puede suceder que la persona agraviada se niegue á todo género de reconciliacion, y entonces las condiciones varian.

La ley, para en el caso que así suceda, debe dejar al juicio de los tribunales gran latitud para la apreciacion de los hechos, como en el supuesto de un desafío por un motivo leve, con la sola restriccion de que no pueda ejecutarse su sentencia, sino despues de consultada con el gobierno.

La suerte de los padrinos en ambos casos, con tal que hayan cumplido con su obligacion y que no haya falta reparable en su conducta, debe ser la absolucion, porque harto pesar han sufrido con el compromiso de un lance que no ha estado en su mano impedir.

Hé aquí las bases que, con alguna modificacion en los pormenores, podrian servir á nuestro entender para formular una ley sobre el duelo.

No estamos por las penas de privacion de honores y derechos políticos, porque serian INÚTILES ó DURAS; inútiles para un insolente provocador, para un duelista de oficio; duras y hasta absurdas para un hombre de honor, que contra su voluntad se vé arrastrado al desafío. Hay que considerar además que los delincuentes que las merezcan por su conducta las sufrirán ciertamente, porque en el derecho comun son siempre penas accesorias de las señaladas al homicidio y á las heridas, la pérdida de los derechos políticos y la inhabilitacion perpétua ó temporal para honores ó destinos.

Hé aquí la reforma que juzgamos conveniente en nuestras leyes sobre el duelo.

Hemos dicho los fundamentos de nuestra opinion considerando el duelo *en su orígen, en su historia, bajo todos sus aspectos, en sus relaciones con la moral y con la justicia, en sus relaciones con los intereses privados y sociales, con todos los intereses legítimos.*

Para concluir añadirémos una sola observacion. La legislacion existente sobre el duelo ha caido en completo desuso; estamos en esta parte en la mayor anarquía; en algunos puntos el duelo, cualquiera que sea su resultado, no se castiga de ningun modo ni aun se persigue; en otras partes se le trata con severidad, por ejemplo, en las provincias, en las pequeñas poblaciones.

Los españoles se ven perseguidos segun el punto en que viven por un duelo, ó descansan en una completa impunidad. Este estado de cosas es indigno de un pueblo culto. En Madrid el desafío está tolerado de tal modo, que todos los dias se anuncian en los periódicos lances personales á presencia del gobierno y con mengua de la autoridad. En una ocasion no muy lejana nuestro parlamento mismo ha dado muestras de apadrinar el duelo; ni censuro ni elogio esta conducta; refiero el hecho, y este hecho dice mas que cuanto aquí pudiéramos añadir en confirmacion de nuestras doctrinas; este hecho significa que el duelo podrá ser un acto tan repugnante é inmoral como suponen los severos moralistas, pero que la sociedad se empeña en juzgarle de muy distinto modo que los hombres timoratos y concienzudos.

**Cirilo Alvarez.**

## Ley de Toledo.

Una mala usanza se frecuenta agora en estos nuestros Reinos, que cuando algun caballero, ó otra persona menor tiene queja de otro, luego le envia una carta, que ellos llaman CARTEL, sobre la queja que dél tiene; y

desta y de la respuesta del otro viene á concluir, que se salgan á matar en lugar cierto, cada uno con su padrino ó padrinos, ó sin ellos, segun que los tratantes lo conciertan: y porque esto es cosa reprobada y digna de punicion, *ordenamos* y *mandamos*, que de aquí adelante persona alguna, de cualquier estado y condicion que sea, no sea osado de facer ni enviar los tales carteles á otro alguno, ni lo envie á decir por palabra; y qualquier que lo contrario hiciere, siquier sean dos ó muchos, cayan é incurran por ello en pena de aleve, y hayan perdido y pierdan por ello todos sus bienes para la nuestra Cámara; y el que rescibiere el cartel y aceptare la respuesta, haya perdido y pierda todos sus bienes para la Cámara, aunque trance y pelea no venga en efecto; y si de ello se siguiere muerte ó feridas y el requestador quedare vivo de la requesta ó trance, muera por ello; y si el requestado quedare vivo sea desterrado del Reyno perpétuamente. Y porque en los tales delitos tienen gran culpa y cargo los tratantes que llevan y traen los mensages y carteles desto, y los padrinos que usan con ellos, *mandamos* que ninguno sea osado de ser en esto tratante, ni llevar ni traer los carteles y mensages, ni sean padrinos del tal trance ó pelea; so pena que por el mismo fecho caya é incurra cada uno dellos en pena de aleve, y pierda todos sus bienes, y sean las dos tercias partes para la nuestra Cámara, y el otro tercio para la persona que lo acusáre y para el juez que lo sentenciáre: y que los que miraren, y no los despartieren, pierdan los caballos ó mulas en que fueren, y las armas que llevaren; y si fueren á pie, que pague cada uno seiscientos maravedís, y que estas penas se repartan en la forma suso dicha.

## Ley de Felipe V y Fernando VI.

No habiendo hasta ahora podido las maldiciones de la Iglesia y las leyes de los reyes, mis antecesores, desterrar el detestable uso de los duelos y de los desafíos, sin embargo de ser contrarios al derecho natural, y ofensivos del respeto que se debe á mi real persona y autoridad; y valiéndose los que se discurren agraviados, del medio de buscar por sí la satisfaccion que deberian solicitar recurriendo á mi real persona ó á mis ministros; habiendo sugerido el engaño, el falso concepto de honor, el ser falta de valor no intentar ni admitir este modo de vengarse, como si la nacion española necesitase de adquirir créditos de valerosa por un camino tan feo, criminal y abominable, despues de tantas conquistas, sangre vertida, y vidas sacrificadas á la propagacion de la Fé, gloria de sus reyes y créditos de su pátria; y aunque debo esperar de la obediencia y amor de mis vasallos, y singularmente de la nobleza, que se ajustarán á esta nueva declaracion de mi real voluntad en detestacion de este delito, por si hubiere quien se desviare de mis reales, justas y paternales intenciones, declaro primeramente por esta inalterable ley y real pracmática, que el desafío ó duelo deba tenerse y estimarse en todos mis reinos por delito infame; y en consecuencia de esto, *mando*; que todos los que desafiaren, los que admitieren el desafío, los que intervinieren en ellos por terceros ó padrinos, los que llevaren carteles ó papeles con noticia de su contenido, ó recados de palabra para el mismo fin, pierdan irremisiblemente por el mismo hecho todos los oficios, rentas y honores que tuvieren por mi real gracia, y sean inhábiles para tenerlos durante toda su vida; y si fueren caballeros de alguna de las cuatro órdenes militares, se les degrade de este honor y se les quiten los hábitos; y si tuvieren encomienda, por el mismo hecho vaquen, y se puedan proveer en otros; y esto demás de la pena de aleves y perdimiento de todos sus bienes, establecida por mis abuelos los reyes D. Fernando y Doña Isabel, en la ley precedente, que mando sea observada en todo lo que por esta mi real

pragmática no se hallare innovada. Y aunque por el estatuto que tienen las órdenes militares se pregunta al caballero que recibe el hábito, si ha sido retado y cómo se salvó del reto, porque si lo hubiese sido y no se hubiese salvado, le quitarian el hábito, le echarian de la órden, y le tendrian por infame; declaro que debe entenderse al presente, como se entendió cuando se impuso, y no de otra manera; esto es, que cualquier cristiano que siendo desafiado por algun moro en defensa de la Fé no admitiere el desafío, sea tenido por infame, sin que el referido estatuto sea entendido en otra forma. Y si el desafío ó duelo llegare á tener efecto saliendo los desafiados, ó alguno de ellos al campo ó puesto señalado, aunque no haya riña, muerte ó herida, sean sin remision alguna castigados con pena de muerte, y todos sus bienes confiscados; de los cuales se aplique la tercera parte á hospitales del territorio donde se cometiere el delito: y comenzado el proceso ó causa por este delito con dos testigos de fama, como abajo se dirá, se secuestran los bienes y administran durante ella; y de los frutos se paguen los gastos que se ofreciere hacer, y se dé una recompensa razonable al administrador; quedando tan solamente á los hijos del delincuente el recurso á los jueces de la causa, para que consultándomelo antes, les den lo necesario para su preciso sustento. Y para que lo mandado por ésta mi real pragmática sea observado inviolablemente, y evitar que por medios indirectos se ejecuten tales desafíos, declaro, que cualquiera riña que sucediere despues del tiempo, y en otro lugar fuera de poblado, ó en poblado en puesto retirado ó á deshora, en que sobrevinieron las palabras, ó otra cosa que dió motivo á ella, se tenga por desafío, y se castigue como tal, á fin de que no pueda aprovechar el fraude que pudiera haber, afectando que se encontraron de casualidad los que vinieron, y no de caso acordado y convenido; y solo podrá el juez de la causa minorar el rigor de la pena ordinaria, cuando por vehementes conjeturas y presunciones se probare que no ha precedido desafío ó convencion de venir. Y porque el poder y autoridad de los delincuentes, y el recato con que se comete este delito dificultan su probanza y averiguacion, mando, que se pueda probar con testigos singulares, indicios y conjeturas; de manera que las probanzas sean igualmente privilegiadas en este delito que en el de lesa-magestad. Y asimismo mando, que si el delito se probare con dos testigos de fama ó de autoridad, no pudiendo ser habido y preso el reo, siguiéndose la causa por los términos señalados en las de rebeldía, y dentro de dos meses despues de publicada la sentencia no se presentase en la cárcel, se tenga por convicto irremisiblemente en cuanto al perdimiento de sus bienes, sin que para la pena corporal pueda jamás ser oido para su descargo, ni admitido por mis secretarios memorial alguno suyo, ni de otro en su nombre ni en su favor, que no fuere presentándose antes en la cárcel. Todos los que vieren y miraren los desafíos, cuando riñen, y no lo embarazaren, pudiendo ó no fueren luego á dar aviso á la justicia, sean condenados en seis meses de prision y multados en la tercera parte de sus bienes. Y porque los que han tenido algun desafío pueden refugiarse en algunas casas de grandes, nobles ú otras personas de mis reinos, *declaro*, que todos los que tuvieren refugiados en sus casas, de cualquier estado, grado ó condicion que sean los tales delincuentes, sabiendo que lo son, ó despues de ser pública la noticia del delito, incurran en las penas á que por derecho y y leyes de mis reinos son tenidos los receptores de otros delincuentes. *Mando* á todos los tribunales y justicias, que luego que tuvieren noticia de algun desafío no pierdan tiempo en ejecutar todo lo que por esta mi real pragmática se manda; y cualquier leve descuido que en esto tuvieren sea castigado con la pena de suspension de sus oficios, y inhabilidad de tener

otros por seis años; y si la omision fuere grave, ó incurrieren en dolo, sean castigados como participantes y cómplices del delito principal. Y porque las justicias ordinarias, así de villas eximidas como de señorío, lugares de órdenes y abadengo, suelen ser omisas en la averiguacion de este delito, mezclándose en el punto de honor, por ser parientes de los delincuentes, y concurriendo en el silencio por contemplacion, ó temor de los poderosos, que son los que suelen atentar este delito; *mando* á todos mis corregidores que luego que llegue á su noticia que ha habido algun desafío en algun lugar del territorio de su alcabalatorio, pasen al tal lugar, y sin necesitar de tomar el uso, procedan á la averiguacion y castigo de los reos, recogiendo los autos que se hubieren hecho por las justicias, sustanciando y determinando la causa en conformidad de lo prevenido en esta pragmática; para todo lo cual les doy comision en forma, tam ámplia como de derecho se requiere; y les mando me den aviso de su partida, y de todo lo que fueren obrando y resultare en cuanto á la averiguacion. Y habiendo mostrado la esperiencia que el rigor de las leyes se frustra, porque las justicias ordinarias templan las penas legales, no llegando ni aun las noticias de las causas á los tribunales superiores, por coludir los Promotores fiscales, y por el silencio, pobreza ó apartamiento de los interesados; *mando* que todas las sentencias que sobre este delito dieren los corregidores, siendo en el distrito de su jurisdiccion el desafío, ó en el distrito de las órdenes, ó dentro de las veinte leguas de la corte, las consulten con el Consejo; y siendo en las villas eximidas, lugares de señorío y abadengo, fuera de las veinte leguas, las consulten con las chancillerías y audiencias, y que estas hayan de dar aviso al mi consejo de lo que en vista de las consultas resolvieren. Y porque algunos por satisfacer con mas libertad á su venganza, se pueden del medio de desafiar á otros señalando lugar fuera de mis reinos, ó en las fronteras de ellos, declaro; que estos tales sean tambien comprendidos en esta mi real pragmática, aunque el lugar donde hubieren reñido esté fuera de mis reinos y dominios. Y para que las causas que se hicieren por este delito no se embaracen ni suspendan con pretesto alguno, *mando* que sean privilegiadas; de manera que si por hallarse preso el delincuente por otro delito y en otro juzgado, ni en virtud de declinatoria de fuero militar, ni de otra cualquiera calidad que sea, no puede impedirse el curso de las causas que se hicieren por este delito, en el cual tampoco ha de haber lugar la prescripcion. Y para que no sea necesario poner en ejecucion la justa severidad de esta mi real pragmática, exhorto á mis fieles y amados vasallos vivan con la paz, union y concordia necesarias para su conservacion, la de sus familias y la del Estado: guardando entre sí la correspondencia y el respeto que unos deben á otros, segun su calidad y estado; haciendo cada uno lo que pueda para evitar todas las diferencias, contiendas y querellas que puedan dar causa á procedimientos de hecho; en lo cual reconoceré un efecto singular de su obediencia y atencion á mis reales órdenes, teniéndolo como lo tengo, por mas conforme á las máximas del verdadero honor, como lo es á las reglas del Evangelio. Y encargo á los grandes, nobles y personas de mayor autoridad en mis reinos, que se apliquen con el mayor cuidado y vigilancia á terminar y componer todas las diferencias y disgustos que sobrevinieren entre mis vasallos, para evitar las consecuencias que pueden seguirse y ocasionar que se incurra en el delito que nuevamente se detesta, y queda prohibido por esta mi real pragmática, la cual quiero que tenga fuerza de ley, como si fuese hecha y promulgada en Córtes; y mando sea pregonada en esta y en todas las cabezas de partido, villas y lugares de estos reinos, para que ninguno pueda pretender ignorancia.

# DE LOS EFECTOS PÚBLICOS AL PORTADOR.

## DEMOSTRACION LEGAL

sobre que no procede la reivindicacion de los efectos públicos al portador, segun el derecho constituido.

A esta grave cuestion ha dado lugar un reciente fallo de la Audiencia de Madrid, y sin embargo de que ha sido decidida en favor de la reivindicacion, y sostenido ó apoyado por los letrados D. Domingo Rivera, en la estensa memoria que ha publicado en la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA (1), y por D. José Gonzalez Serrano en *El Faro nacional*, no quiero dejar de manifestar mi opinion, por ser una de las cuestiones mas importantes y trascendentales al comercio, á los intereses de los particulares, y á los generales de la nacion.

Por grande que sea la reputacion que se han adquirido en el foro los Sres. Serrano y Rivera; por mucho que sea mi respeto hácia las disposiciones de los tribunales, y á pesar de estar prevenida la opinion con los citados escritos, no tengo reparo en emitir la mia de un modo contrario á la de dichos señores.

No se me oculta la desventaja de tener que luchar con letrados de reconocida nombradía, que han hecho un estudio *ex profeso* de una cuestion que han tenido que sostener y discutir minuciosamente ante los Tribunales; mas á pesar de todo cumple á mi deber acudir al campo de una ilustrada y razonada discusion cuando se trata de intereses culminantes, de derechos cuantiosos é importantes, de cuya decision pende no solo la suerte de las familias sino el crédito de la nacion.

Mi opinion, repito, es contraria á la reivindicacion de los títulos al portador. Sin desconocer los principios sentados por aquellos señores, no puedo admitir sus consecuencias de una manera tan lata, de un modo tan estenso, que no admita, segun los casos y segun la clasa de valores y operaciones, alguna distincion.

Es cierto, es positivo, está fuera de duda, que la cosa clama por

(1) Véase la pág. 81 de este tomo.

su dueño, y que al que le ha sido robada puede perseguirla, puede reivindicarla del ladron ó del que la hubiese adquirido, *sabiendo que era robada*. Pero esto tiene sus limitaciones, y por consiguiente no procede en todos los casos, en todas las operaciones, sin escepcion alguna, como se ha querido suponer. Hay casos en que no procede la restitucion de la cosa, aunque no sea legítimo el orígen de la posesion, si el poseedor la ha adquirido por un medio legal ignorando el vicio de la cosa.

No se alarmen nuestros lectores; no crean que somos el eco de los compradores de títulos robados. No, nada de eso. Somos escritores independientes é imparciales que venimos aquí á sostener nuestra opinion sin que nos arredren estas calificaciones ni las impugnaciones de ningun género, y en verdad que hubiéramos deseado que su autor las hubiese omitido en una cuestion árdua, de difícil resolucion, en la que caben todas las opiniones y en la que es tan necesaria la discusion.

Los que sostienen la opinion favorable á la reivindicacion de los títulos, parten del principio de que el ladron ó encubridor del delito jamás puede hacerse dueño de lo adquirido por malos medios. «El »que se hallare (dicen) con una cosa ajena, nunca la hará suya, des»pojando de sus derechos al antiguo propietario. El que comprare, »aun que fuera con buena fé, á uno que no era dueño de la cosa «vendida, permutada, etc., no tendria mas derecho que el que se lo »cedió, permutó, ó entregó por cualquier otro concepto.»

Fundados en estas teorías ó en estos principios, es como pretenden sostener que puede y debe tener lugar en todos los casos, sin escepcion la reivindicacion de esta clase de valores. Respetamos esta opinion porque es preciso respetarlas todas en el campo de la discusion. Es verdad que en tésis general no puede prescribirse la cosa que ha sido robada ó forzada, mas es preciso hacer una distincion entre el ladron ó el poseedor de mala fé, y el que la ha adquirido de buena fé, y por justo título, ignorando el vicio de la cosa.

En cuanto al primero, es cierto que no puede hacerla suya; pero en cuanto al segundo, esto es, al que la ha adquirido de buena fé y con justo título, y que la posee pacíficamente por el término prescrito por la ley, este purga el vicio original y primitivo que afectaba la cosa. De aquí se desprende que no puede reconvenírsele como poseedor de mala fé, ni obligársele á la restitucion de la cosa sin destruir la prescripcion, que es un medio de adquirir un derecho ó de

librarse de una obligacion. El que prescribe se asemeja al que paga. El curso del tiempo ordenado por la ley es una especie de moneda que estingue y disuelve las obligaciones. Véase Olive. *Quæst. Notabl., lib. 4, cap. 7.*

Esta misma distincion la hallamos dentro del art. 116 del Código penal que se invoca por los sostenedores de la opinion contraria y que despues de haber ordenado la restitucion de la cosa, dice así:

«Esta disposicion no es aplicable en el caso de que el tercero haya prescrito la cosa con arreglo á lo establecido por las leyes civiles.»

Se vé por esta disposicion que los mismos legisladores de aquel Código reconocieron que aunque la cosa hubiese sido forzada ó detentada podia estar exento de la restitucion el que la hubiese prescrito con arreglo á las leyes civiles, lo que necesariamente ha de entenderse con los que la han adquirido con justo título y buena fé.

Véase, pues, como el principio de restitucion ó reivindicacion de los efectos públicos no es tan general y absoluto como se ha sentado, y que tiene sus limitaciones en el mismo Código penal. Por eso hemos dicho antes, que hay casos en que no procede la restitucion de la cosa, aunque sea vicioso el orígen de la posesion, y creemos haber demostrado esta proposicion.

Ahora bien; si no procede esta reivindicacion ó restitucion en el caso de prescripcion, si por medio de ella se lava el vicio de la cosa, ¿por qué no puede tambien en algun otro caso, aunque muy raro, depurarse este vicio y eximirse de la restitucion?.....

Desde el momento en que hemos probado que el artículo 116 del Código penal no tiene una aplicacion absoluta y sin limitacion, queda demostrado que no procede la restitucion de la cosa en los casos en que obra la prescripcion con arreglo á las leyes civiles, como dice el mismo artículo.

Si la ley obrara de otro modo, si la aplicacion del citado artículo 116 fuese tan general y absoluta, como se ha querido suponer, no habria ningun caso en que se mirase á los poseedores como propietarios de la cosa ó como libres de la restitucion ó reivindicacion, ni habria términos hábiles para poner un justo y razonable límite á los muchos testigos y causas criminales que se promoverian. El desórden, la incertidumbre y la confusion estarían á la órden del dia.

La prescripcion se considera entre todas las instituciones sociales como la mas necesaria al órden público, y no sin razon ha sido

llamada por los antiguos patrona del género humano, *patrona generis humani*, y fin de los cuidados y ansiedades, *fines sollicitudinum*, á causa de los servicios que hace á la sociedad manteniendo la paz y tranquilidad entre los hombres y cortando gran número de los pleitos.

Si los romanos, si aquellos mismos que sancionaron el sábio principio de que la cosa clama por su dueño, *res ubicumque sit pro suo domino clamat*, se vieron precisados á establecer el principio de prescripcion para evitar los muchos cuidados y afanes y un gran número de pleitos á la sociedad, en toda clase de bienes, no ha de haber inconveniente en que se haga estensivo este mismo principio entre nosotros de un modo mas lato y sin limitacion de tiempo para cierta clase de valores.

Como ni los romanos ni D. Alonso el Sábio conocieron los títulos al portador ni las operaciones de la Bolsa, que necesariamente deben hacerse con rapidez y con el asentimiento de la confianza pública, resulta que no dictaron ninguna regla sobre esta clase de operaciones. Pero naturalmente se vé, que si hubiesen llegado á conocerlas, si hubieran tenido esta clase de documentos ó títulos *al portador* hubieran tambien establecido reglas seguras para garantirlos debidamente y para asegurar en la posesion de los mismos, no al ladron ni al usurpador, porque estos solo merecen reprobacion y castigo, sino al que los hubiese adquirido de buena fé por un título traslativo de dominio. Los legisladores que dictaron leyes para la prescripcion de toda clase de bienes, asi muebles como inmuebles de un modo tan lato, no hubieran dejado por cierto de establecer sólidas garantías á favor de los tenedores de buena fé de esta clase de valores.

Asi es que los legisladores franceses, sin embargo de haber seguido paso á paso la legislacion romana en la formacion del Código de Napoleon, á la que dieron el nombre de razon escrita, establecieron en su artículo 2280 que «si el poseedor actual de la cosa robada ó perdida la hubiese comprado en una feria ó mercado público, ó de un comerciante que la vendiese, en semejantes casos el »dueño originario no podrá lograr su recobro, sin que primero entregue al poseedor el precio que le ha costado.»

En otras naciones mas adelantadas que la nuestra en la ciencia económica se persigue al ladron de los títulos al portador hasta los países mas remotos, se le sujeta á las consecuencias de su delito aun-

que trate de ocultarse en los Estados-Unidos; pero no se molesta de ningun modo á los poseedores de dichos títulos.

El Rey D. Fernando VII, deseando imitar la conducta de estas naciones y de aquellos sábios legisladores al establecer en Madrid una Bolsa ó Lonja de negociacion pública, por Real decreto de 10 de setiembre de 1831 y en su artículo 7.º dispuso literalmente lo siguiente:

«Los efectos públicos vendidos en la Bolsa, ya sea que estén emitidos al portador, ó ya lo estén á favor de persona determinada, *no están sujetos á reivindicacion*, y su enajenacion será válida y subsistente, consumado que sea el contrato, *aun cuando el vendedor los poseyese de mala fé*, salva la accion del legítimo propietario contra el mismo vendedor, ú otra persona que tenga responsabilidad legal en los actos en que haya sido desposeido de los efectos ó defraudada su propiedad.»

Esta disposicion es altamente sábia y benéfica, porque sin esta garantía para los adquisidores de los efectos públicos, estos no podrian subsistir en la rigurosa acepcion de la palabra. Estos títulos acreditan la persona del tenedor; por eso se dicen *al portador*, porque han de pagarse, no á la órden ó por endoso de determinada persona, sino al que los tiene en su poder. Asi es que no debe para el pago de los mismos exigirse justificacion alguna de la identidad de la persona del portador. La posesion presume el dominio. *Possessor, ergo dominus.*

Cuando la ley nos concede un derecho, nos concede tambien, al menos tácitamente y por vía de consecuencia, todo lo que es necesario para ejercerlo, aun cuando esto no se haya esplicado, porque no puede querer el fin sin querer tambien los medios de llegar á él, *fine concesso, concessa intelliguntur media.*

Hay sin embargo una persona responsable de esta clase de operaciones que se hacen en la Bolsa, y esta persona es el ajente ó el corredor que interviene en la operacion ó en el traspaso de los títulos.

Este ajente, como que es el responsable de la operacion, tiene buen cuidado de tomar todas las noticias que estime necesarias ó convenientes para cerciorarse de la procedencia y legitimidad de aquella clase de valores y de las demás circunstancias del vendedor.

«Ningun ajente de crédito (como dice el Sr. Gonzalez Serrano) se »lanza á intervenir en una operacion que le ofrezca el primer des-

»conocido, porque su obligacion es saber bien quien presenta la mer»cadería y la garantiza, asi como todo Escribano dá fé de conocer »á los contrayentes: y los ajentes de Bolsa no son otra cosa que de»positarios de la fé pública en las operaciones bursátiles.»

Véase, pues, como segun las mismas teorías, segun los mismos principios sentados por nuestros adversarios, no podrá ocurrir el caso de quedar estafado ó defraudado en sus intereses el que ha tenido la desgracia de ser robado ó desposeido ilegalmente de aquellos títulos, aunque se admita el principio de la no reivindicacion, porque hay un ajente que debe dar razon de la persona del vendedor si han sido vendidos en la Bolsa con las formalidades prescritas por las leyes de la misma, que es en el único caso en que de absoluta conformidad con el citado Real decreto entendemos que no procede la reivindicacion de los efectos públicos, porque hay quien garantiza la operacion.

La disposicion del citado artículo es sábia, benéfica y previsora, porque sin lastimar los derechos de la persona que ha sido robada ó desposeida de aquellos valores, dá á los compradores todas las garantías que son convenientes para inspirarles la confianza, tan necesaria en esta clase de operaciones, de que no serán desposeidos de ningun modo de los valores que de esta suerte adquieren al amparo de la ley y con la intervencion de uno de los ajentes responsables.

Por eso entendemos, que aunque pudiese ofrecer alguna duda si el citado Real decreto, que es una ley del reino, ha sido derogado por otro posterior, aunque, en fin, se le considerase derogado por una regla de sábia y benéfica interpretacion y por disposicion espresa y terminante de nuestra legislacion, debe aplicarse en la cuestion que nos ocupa el citado artículo 7.° de la citada ley de 1831 recopilada en la coleccion oficial de Decretos, tomo 16, pág. 275, con preferencia al derecho romano que citan nuestros adversarios, segun la terminante espresion de la nota segunda, tít. 2, lib. 3.° de la Novísima Recopilacion, que dice, que se observen las leyes pátrias con preferencia al derecho romano y canónico, aunque no estén en dicho Código; y que si en la Recopilacion se encuentra alguna ley ó pragmática suspendida ó *derogada, se haga aplicacion de la misma, cuando ocurra alguna duda sin que haya ley clara que la decida.*

Las leyes deben proteger siempre los intereses creados por las mismas. Si por ellas existen los títulos al portador, que, como he-

mos dicho, no se conocieron en tiempo de los romanos, necesario es que se garanticen los traspasos y las operaciones que se hagan al amparo y segun las reglas establecidas por estas mismas leyes; y que el que así los adquiera tenga una seguridad, una confianza absoluta de que no podrá nunca llegar el caso de ser desposeido. Sin esta confianza, sin esta seguridad no pueden subsistir los títulos al portador, y es necesario entonces que se abroguen ó que se dé á sus tenedores esta garantía.

Es preciso convencerse de que estos títulos y las operaciones de Bolsa se rigen por una legislacion espedial á la que deben su existencia y su orígen, y que esta legislacion es muy distinta del derecho romano y del Código penal, que han sido dictados para los negocios comunes y generales, muy distintos por cierto de los del comercio y de la Bolsa.

Por consiguiente, en esta misma legislacion debemos buscar la solucion del negocio que nos ocupa, sin recurrir al derecho civil ni al penal que no se han ocupado de operaciones bursátiles ni comerciales, cuando han sido hechas con arreglo á las leyes de la Bolsa.

Así es, que las cuestiones promovidas y que se promuevan en los Juzgados y Tribunales sobre esta clase de valores ó documentos al portador, han de resolverse, no por las leyes del derecho romano, no por los artículos del Código penal, sino con arreglo á lo prescrito por el Código de Comercio y por la legislacion especial de la Bolsa.

Ni en aquel Código, ni en esta legislacion, que se dice vigente, se han dictado reglas sobre la reivindicacion de los títulos al portador. Por la misma razon de que no pueden reivindicarse cuando han sido adquiridos legítimamente, la ley ha guardado tambien silencio sobre la prescripcion de los efectos públicos, ni se ha previsto el caso que ha venido á ocupar la atencion del público y de los Tribunales; luego en este y en los demás que ocurran de igual naturaleza debe hacerse aplicacion del citado artículo 7 de la ley de 10 de setiembre de 1834, aun en la hipótesis de considerarse derogada esta ley.

La ley tiene fuerza perpétua, mientras no se derogue. *Ley 11, tít. 2, lib. 3.° de la Nov. Rec.* Puede derogarse espresa ó tácitamente: se deroga espresamente, cuando es abolida ó revocada *por otra ley* en términos formales: se deroga tácitamente cuando se establece una nueva ley que, sin revocar ó anular testualmente la antigua,

contiene disposiciones incompatibles con ella, siendo de observar que en este caso no quedan abrogadas otras disposiciones que las que son positivamente incompatibles con la nueva ley, segun el principio *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint*, ley 28, Dig. *de legibus*.

El citado Real decreto de 10 de setiembre de 1831, que es una verdadera ley del reino, no ha sido derogado por lo que respecta al artículo 7.° ni espresa ni tácitamente. No ha sido derogado espresamente, por el artículo adicional de la ley provisional en que pretenden apoyarse nuestros adversarios, porque este artículo solo deroga *cualesquiera disposiciones en contrario*, ó que sean contrarias á la citada ley provisional; y el mentado artículo 7.° no le es contrario, puesto que nada se dispone por dicha ley sobre la reivindicacion de los valores al portador. Menos lo ha sido por la ley provisional de 5 de abril de 1846 que siguió el espíritu del citado Real decreto de 1831, como lo reconocen nuestros adversarios. Ni esta ley ni otra alguna de Bolsa contiene ninguna disposicion incompatible con dicho artículo, y por consiguiente no ha sido derogado tácita ni espresamente, segun la citada ley del Digesto.

Por el contrario debe considerarse vigente el mentado artículo, no solo por las razones espuestas, si que tambien por lo dispuesto en el Real decreto de 8 de febrero de 1851, que tuvo por principal objeto «despojar á las operaciones de la Bolsa de toda formalidad, »que sobre inútil las dificulta y retarda, *restableciendo* (dice) *en las »operaciones al contado la sencillez que tenian por la legislacion de* 1831.»

En presencia de esta manifestacion, que contiene la esposicion de este Real decreto, nadie podrá negar las tendencias á restablecer, ó por lo menos á considerarse vigente por S. M. todo cuanto puede facilitar la sencillez y las operaciones de la Bolsa, segun la citada legislacion de 1831; de modo que, lejos de haber sido derogado, puede muy bien sostenerse que fué considerado en su fuerza y vigor el artículo 7.° del Real decreto de 1831, por cuanto no puede dudarse que facilita poderosamente esta clase de operaciones, que es el objeto que se propuso la ley, por la grande confianza que inspira á los que adquieren en la Bolsa los espresados valores ó títulos al portador.

El mismo poder que han establecido las leyes es el solo que puede destruirlas. *Ejus est tollere legem, cujus est condere*. De esto se

sigue, que la ley de 1831, promulgada por el rey D. Fernando VII, como supremo imperante, no ha podido tampoco destruirse sin la concurrencia del poder legislativo, ó sin una ley hecha en Córtes. La potestad de hacer las leyes reside en las Córtes con el rey, segun la Constitucion de la Monarquía española. No es justo, legal ni conveniente reconocer esta teoría constitucional y negar sus consecuencias. Si los cuerpos colegisladores han aprobado alguno de los decretos emanados del poder ejecutivo, no lo han hecho con los de que se trata, y por lo tanto no puede por ellos ser derogado el de 10 de setiembre orgánico de la Bolsa, que tiene el carácter y fuerza de ley y que se ha de considerar vigente, señaladamente en todo lo que no está en oposicion con aquellas resoluciones, sin que por eso se eche por tierra parte alguna de la legislacion, porque difícilmente volverá á presentarse un caso de igual naturaleza. Pero si esto pudiese llegar á ser un mal, mil veces peores y mas trascendentales serian las funestas consecuencias que se seguirian de los principios sentados por nuestros adversarios.

Además de la citada ley orgánica de la Bolsa hay la Real órden de 4 de marzo de 1841, por la que se determina «que cese el perjudicial sistema de obligar á los tenedores de los títulos y demás documentos de la deuda pública á responder de su procedencia, y los equipara á la moneda.»

Resulta, en fin, por legítima consecuencia de todo lo dicho, que ha de canonizarse el principio sostenido por los Sres. Weisweiller y Bawer, de que los títulos comprados en Bolsa con las solemnidades de la ley, no pueden ser reinvindicados por sus dueños, aunque estos efectos hubiesen sido robados, salva la accion que compete á los dueños originarios contra el vendedor ú otra persona que tenga responsabilidad legal en los actos con que haya sido desposeido de los efectos, ó defraudada su propiedad, con arreglo á lo prescrito por el artículo 7.° del citádo Real decreto de 10 de setiembre de 1831.

La cuestion es sumamente grave y difícil, y abrigamos la conviccion de que el Gobierno de S. M, se apresurará á dictar una disposicion que ponga término á estos conflictos.

Antes de concluir esta memoria debo protestar que no es mi ánimo ofender en lo mas mínimo al respetable Tribunal que ha fallado sobre esta árdua cuestion, ni mucho menos el que se dejen impunes los delitos de robo, hurto, sustraccion, estafa y demás que puedan cometerse con los dueños ó propietarios de títulos al portador y de-

más documentos de igual naturaleza. Procédase por los Tribunales de justicia con la mas esquisita vigilancia y con todo el rigor de la ley contra los autores, cómplices y encubridores de estos delitos; pero respétese la seguridad individual y la propiedad de los que los han adquirido en la Bolsa con las solemnidades de la ley.

Si asi no se hace, si no se respeta esta propiedad legítimamente adquirida, no solo sufrirá el crédito de la nacion y los intereses de los particulares, sino que con la mayor facilidad podrán fingirse robos de esta clase de valores que tengan todas las apariencias de realidad y que vendrán á arrebatar los intereses y la fortuna de las familias, á difundir el pánico y á sembrar la desconfianza en la Bolsa, en España y en el estranjero. Por eso opinamos, que atendido lo muy controvertida que ha sido esta cuestion, á la jurisprudencia vária ó poco uniforme de los Tribunales y á la gravedad y trascendencia del negocio, que es sin disputa uno de los más importantes de la nacion, el Gobierno de S. M. está en el deber de dictar por Real decreto una resolucion capaz de mantener el crédito público, la confianza de los particulares en los efectos públicos, y de poner término á tantos conflictos.

Es preciso inspirar confianza á los adquisidores de esta clase de valores si queremos que se mantenga el crédito y la confianza en los títulos al portador, que es el alma del comercio y la prosperidad de las naciones. Es preciso, en fin, que se haga aplicacion del citado artículo, ó que desaparezcan los títulos al portador y demás efectos públicos. Imitemos al Banco de Barcelona, que habiéndose presentado no hace mucho tiempo un comerciante para que suspendiese el pago de un talon, que decia habérsele estraviado, segun un aviso inserto en el *Diario* de esta ciudad, que presentaba, no quiso suspender el pago de dicho talon por ser un documento *al portador* y por creer fundadamente que esto podria afectar el crédito de que justamente goza aquel establecimiento. Esto está conforme con la resolucion tomada por el Banco de España, que se vió precisado, no ha mucho tiempo, á pasar una circular al comercio, asegurando que no solo pagaría al portador ciertos billetes, *mandados retener judicialmente, sino que ofrecia además no descubrir al que los presentase.*

Los Tribunales, y hasta el mismo interesado, han considerado al Banco de Barcelona exento de responsabilidad, y libres han de ser tambien de ella los que adquirieron el talon en pago de alguna deu-

da ó de alguna legítima operacion al amparo de las leyes, con tanta mas razon, cuanto que por el Banco ha sido ya retirado y cancelado el talon que pudo haber sido objeto de reivindicacion. Ha desaparecido la cosa y no cabe por lo tanto el principio que quisieran aplicar nuestros adversarios, de que esta clama por su dueño.

Sin faltar á las consideraciones que se merecen los que sostienen la reivindicacion de los títulos al portador, creemos que esta no procede en los casos que se han enumerado. Los hombres desapasionados, imparciales y de recto sentir juzgarán de si hemos conseguido el objeto que nos hemos propuesto, y de todos modos estamos convencidos de haber hecho un servicio á la ciencia con esta discusion, que es el único fin que nos hemos propuesto.

**Francisco de Pou.**

## DE LA DOTE (1).

Al hablar de una mujer preguntaban nuestros abuelos ¿es honrada?
Nuestros padres solian ya preguntar ¿es hermosa?
Nuestros jóvenes de la actualidad preguntan simplemente ¿es rica?
(*Severo Catalina.* LA MUJER.)

EXCMO. É ILMO. SEÑOR.

Enlazada siempre la dote, bajo sus diversas formas, al acto generador de la familia, y siendo esta la mas antigua y veneranda de nuestras sociedades, es de gran importancia discurrir, como tendré la honra de intentarlo en este discurso, sobre *si las dotes fomentan el matrimonio ó deberian abolirse para que el interés no tuviera ninguna parte en este negocio de puro amor.*

La *maestra de la vida*, recuerdo de lo pasado, luz del presente, y faro en el porvenir, nos debe guiar á través de las tinieblas y aun del error á la investigacion de la verdad, patentizando que la dote ha sido siempre la espresion fiel del estado social de la mujer.

(1) Discurso leido en la Universidad Central por D. Manuel Danvila y Collado, Abogado de los Tribunales del Reino, en el acto de recibir la investidura del grado de Doctor en la facultad de derecho.

En aquellos pueblos donde las generaciones repetian «por la mujer estamos todos condenados á morir» (1) el hombre segun las elocuentes palabras del abate Gaume (2) era el ejecutor desapiadado y á veces injusto del anatema primitivo. Solo así se comprende el estado de perpétua esclavitud en que vivió la mujer hasta su regeneracion por el Cristianismo.

Consecuencia natural de tan infeliz condicion es el rapto de aquella castigado cruelmente por el legislador, y considerado en las primitivas sociedades como único medio de union entre los dos sexos. Por fortuna abriéndose paso la civilizacion entre tan bárbaras costumbres, el rapto fué sustituido por la compra. Catorce años de servicios son el precio de Raquel y Lia, que al abandonar la casa de su padre se quejan de haber sido vendidas como estrañas (3).

En medio de todo resalta la moralidad de la familia judía por la forma de la dote. El marido la concede á la mujer como premio de sus virtudes. Zarcillos de oro y brazaletes del peso de diez siclos (4) recompensan las virtudes de Rebeca, y estas larguezas atravesando los siglos, subsisten y se consideran como arras ó prendas de futuro desposorio. No sin razon ha dicho un esclarecido ingenio (5), que la familia judía, y aun la nacion, se hallaba en un estado intermedio entre la degradacion pagana y la regeneracion evangélica, hasta que el mútuo repudio atacando por su base la constitucion de la familia, vino á degradarla por completo.

¿Y cuáles fueron sus fatales consecuencias? Vergüenza causa recordarlo. El hombre, como en Babilonia y otros pueblos del Asia, trocando á *la carne de su carne* en vil instrumento de placer, la espuso en el mercado público. El precio de las hermosas sirvió para dotar á las menos agraciadas. Mas aun, si los esposos lo deseaban, el lazo conyugal quedaba disuelto en el acto con la restitucion de la dote (6), pues segun Herodoto, esta no era mas que el precio del cuerpo de la mujer.

Inútilmente buscarémos la dote, como institucion social en Grecia. Licurgo teniendo solo por objeto dar al Estado muchos y vigo-

---

(1) *Eccles.* XXV.—33.
(2) *Histoire de la famille*, lib. I, cap. 4.
(3) *Génesis*, XXXI.—15.
(4) *Génesis*, XXIV.—22.
(5) Gaume, lib. I, cap. 2.
(6) César Cantú, lib. I, cap. 3.

rosos ciudadanos, obligaba al esposo á robar á la mujer con quien deseaba enlazarse (1), y hasta las nuevas leyes del Eforo Epitades, fueron desconocidas las dotes (2). El esposo adquiria sus dádivas á la esposa; señalábase entonces á la mujer una dote en proporcion de la fortuna de su familia, y en caso de adulterio, se restituía lo dado por el marido á su mujer.

La pátria de Pericles y Platon entregaba á aquella al mas completo oprobio. Aristóteles asegura (3) que los griegos compraban las mujeres, sobre las cuales ejercian una autoridad sin límites; añadiendo que entre los bárbaros eran iguales á los esclavos. Solon obligaba á la heredera á casarse con su pariente mas próximo. Y el adulterio quedó formalmente autorizado (4). La historia de Sócrates, á quien se presenta como modelo de ciudadanos honrados, atestigua que lo mismo sucedia con la poligamia. En ciertos casos el legislador permitia el tráfico mas vergonzoso; la sensualidad era consagrada por el ejemplo de los sábios (5).

Los romanos, para quienes la familia se estrechaba no con los lazos de la sangre, sino con los del poder, consideraban á la esposa como una hija sujeta á la perpétua tutela de su marido: tutela que pasaba á los agnados ó á un tutor testamentario (6).

La compra ó *coempcion*, fué la primitiva forma del matrimonio en Roma, como lo fué en todos los pueblos de la antigüedad (7). Allí no podia conocerse la dote.

Numa al modificar la condicion de la mujer, estableció el matrimonio por dote cuya nueva forma era la consecuencia del derecho de adquirir que reconocia en la mujer. De esta disposicion nació el titular *madres de familia* á las mujeres compradas por sus maridos (8) y *esposas ó matronas* á las que traían una dote (9).

Buscáronse desde entonces las dotes, no las esposas, y Paulo retrataba el carácter de la época al decir: «importa sobremanera al

(1) *Vida de Licurgo*, traduc. de Amyot, pág. 31.
(2) Moron, *Historia de la civiliz.*, lec. 2.ª
(3) *Polit.*, lib. 2, cap. 8.
(4) Plutarch, *in Solon.* pág. 56.
(5) Gaume, lib. I, cap. 5.
(6) Dionys. Halicarn. lib. 2.—Gellius; lib. XVIII, cap. 6.
(7) *Génes.* XXXI, 14; Aellian. *Hist.* Var. lib. IV. c. 1. *Novel.* XXXI. Tácito, *De Morib. Germ.* c. 18.
(8) Boet. *comm. ad. Topic. cicer.* lib. 2. Gellius, lib. XVIII. pág. 616.
(9) Plaut. *Trim.* act. V. esc. II, vers. 39.

bien de la República, que las hijas conserven cuidadosamente su dote, porque es la única condicion que les asegura el matrimonio.» (1) Confirmábalo el mismo Ciceron, autor *De los deberes*, repudiando á Terencia despues de treinta años de matrimonio, para adquirir una nueva dote con que pagar sus deudas, casándose espresamente con la impúdica Fannia. Repudióla despues para guardarse su dote, y esta infamia tuvo no pocos imitadores (2).

En mal hora pensaron los Romanos buscar leyes morales en Grecia. Este pueblo, cuna de la civilizadion, socavó los cimientos de la sociedad doméstica, al establecer el derecho del mas fuerte como ley suprema de la familia. Por ello al reconocer y sancionar una ley de las Doce tablas (3) el matrimonio por uso, estableció una nueva forma de contrato matrimonial de funestas consecuencias. Despues se completó el envilecimiento de la mujer, privada ya con la ley Voconia de los derechos concedidos por Numa, cuando las victorias de los hijos del Lacio, corrompiendo las costumbres, ocasionaron las leyes Julia y Papia Poppea, que hacian obligatorio el matrimonio y la multiplicacion de los ciudadanos. (4)

La máxima *Reipublicæ interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* (5) justifica que desde la época citada, la dote fué una institucion de interés público. Ella no sirvió mas que de fácil medio para acelerar la decadencia de aquel pueblo, en otro tiempo señor del mundo. Los nombres de las Poppeas, Julias, Mesalinas, Berenices y Faustinas, mancharán siempre la historia de aquella época.

Muy distinta de lo que habia sido en Asia, en Grecia y en Roma, fué entre los Germanos la condicion de la mujer. Respetaban en ella la igualdad de naturaleza; y veneraban aquel ardor de sentimiento que las aproxima á seres superiores. Seguian á los hombres en la guerra, escitando su valor, combatiendo algunas veces con ellos y curando á los heridos. Lejos de llevar la mujer dote al marido, éste compraba su beneplácito á costa de ciertos donativos, que frecuentemente consistian en un par de bueyes, un caballo con su

(1) Lib. 11 de *jure dot.*
(2) Plutarco.—*Vida de Mario.*
(3) *Tab.* 5.
(4) *Lex.* Pap. Pop. art. 31, Dio. lib. 54, pág. 531.
(5) *Dig.* 23, 3, 2 f. Ulp.

arnés, una lanza y un escudo. En cambio daba la esposa una armadura completa, símbolo de la comunidad de bienes y fatigas (1).

Entre los longobardos, el *mondwald* vendia la mujer al marido, quien por este medio se constituía su heredero, y se aprovechaba además de las multas impuestas á aquellos de quienes recibía una ofensa. No existía allí, propiamente dicho, ninguna dote, pero el *faderfium*, que era lo que el padre daba á la esposa segun su voluntad, para que no alegase derecho á la herencia; el *mefium* ó sea el don libre que hacia el marido á su futura antes de contraer matrimonio, y el *morghengebium* ó don de la mañana, hacian las veces de la dote (2).

La ley de los borgoñones disponia (3) que si alguno despedía á su mujer sin motivo, la habia de entregar una suma igual á la que habia pagado por poseerla. Y Teodorico, rey de Italia, al dar su hija en matrimonio á Hermanfrido, rey de los Turingios, le escribía: «Os avisamos que con vuestros embajadores hemos recibido por esta cosa inapreciable, segun costumbre de los Gentiles, el precio que nos habeis enviado, á saber, caballos con arneses de plata como conviene á semejante matrimonio (4).»

El pueblo Germano, pues, elevando la mujer hasta la idolatría y el delirio, preparaba la humanidad á la civilizacion cristiana. Facilitó á la mujer su emancipacion y al hombre su desarrollo moral é intelectual.

España siguió la misma senda. Segun Estrabon la compra de la mujer estuvo en uso entre sus primeros moradores (5). Despues, entre los cántabros, el marido la dotaba; mas cuando la Península fué invadida por los romanos, se estableció la ley contraria (6), esto es, que la mujer dotase al marido. Los Germanos restablecieron el uso cántabro, pues segun Tácito (7) éste dotaba á aquella, y los padres y parientes autorizaban los regalos que la esposa recibia del esposo.

Tal fué la tristísima historia de la dote en el mundo antiguo, y

---

(1) Tácit. *De mor Germ.*
(2) César Cantú, lib. 12, cap. 15.
(3) Tít. 43.
(4) Casiodoro. *Var.* 4, 1.
(5) Lib. 3, pág. 114.
(6) *Cód. Theod.*, lib. 2, tít. 15.
(7) *De mor. Germ.*, núm. 18.

por ella se comprende la condicion de la mujer pagana en los pueblos primitivos. Desconocida su verdadera mision; considerada como cosa, y menospreciados los altos designios de la creacion, la dote no fué mas que el precio del cuerpo de la compañera inseparable del hombre. Faltando á la familia la unidad que nace del mútuo afecto, quedó autorizado como dogma social la esposicion y la muerte del hijo. Desconocidos los lazos que debian transformar el matrimonio en manantial de felicidad, y puestos en olvido los deberes entre padres é hijos, no era posible que la dote fuese como lo fué despues y como debe serlo siempre: medio de independencia para la mujer, y garantía del cumplimiento de las inescusables obligaciones del matrimonio.

El Cristianismo, regenerando la familia; restituyendo al hombre la idea y el sentimiento de su dignidad; dando á la mujer un santo modelo de obediente hija, tierna madre y amante esposa, preparó la sociedad doméstica á un nuevo estado, como introduccion á la reforma de todas las instituciones.

Reclamada la indisolubilidad de la alianza conyugal, la mujer pasó de esclava á noble compañera del hombre. El apoyo, la proteccion mútua reemplazaron á la tiranía del marido. La esclavitud del hijo se trocó en sumision filial, la crueldad del padre en autoridad dulce y cariñosa. La madre no puede ya ser separada de aquel á quien dió la vida, que á su vez la obedece, respeta y honra. En resúmen, todos los indivíduos de una familia forman, gracias al matrimonio, un lazo santo de mútuo amor y consideracion recíproca.

Regenerada la sociedad doméstica, debia serlo tambien la dote, como otra de las instituciones sociales que tienen con ella inmediata relacion. Sabido es el cambio que la legislacion sufrió en tiempo de Constantino, al restablecer la indisolubilidad del lazo conyugal, al permitir las segundas nupcias, al derogar la célebre ley Voconia, y por fin al comenzar una reforma terminada despues por Justiniano.

Reconocida por éste y sancionada como ley (1) la obligacion en el padre y la madre de alimentar á sus hijos, y repetido este precepto por Valentiniano, Valente y Graciano (2), quedó consignada la verdadera razon de la dote. No era ya posible la duda, y consi-

(1) *Cod. Theod.*, ley 1.
(2) Dat. IV. Non. Mart. 374.

derada como obligacion en el padre, vino á repetirse en la legislacion de los pueblos cristianos.

Así el matrimonio libre, dió entre los romanos orígen á una nueva especie de dote, *dos*, bajo cuya denominacion se entendia todo lo que llevaba la mujer, *res uxoria*, para soportar las cargas del matrimonio, *ad ferenda matrimonii onera*. Se constituía por donacion irrevocable de la esposa al esposo con el espresado objeto, y Augusto y Justiniano garantizaron en la mujer, el uno, el dominio de los bienes dotales, y el otro, la obligacion en el padre de dotar á su hija (1).

En este estado encontraron los autores del inmortal Código de las Partidas la dote romana, mucho mas social y perfecta que la gótica. Segun el Fuero Juzgo (2) el marido venia obligado á constituir la dote, considerada como precio del cuerpo de la mujer y circunstancia precisa en los matrimonios de los nobles. *Ne sine dote conjugium fiat.*

Estas disposiciones que habian de conservarse en los montes de Asturias á través de la invasion agarena, sirvieron de base á nuestra legislacion sobre la dote, y fueron, no solo respetadas, si que admitidas por el derecho foral en Aragon, Cataluña, Castilla y Leon, y por el Fuero Real en tiempo de D. Alfonso el Sábio. Formáronse luego las Partidas é importando la dote romana, cambiaron radicalmente este punto tan importante del derecho civil, colocando, segun feliz espresion de un escritor contemporáneo (3), al lado de la dote romana, la gótica y las arras castellanas que habian nacido despues del Fuero Real.

Admitiéronla como «el algo que dá la mujer al marido por razon de casamiento (4)» y sancionaron como obligacion la del padre, la del abuelo y la de la madre en caso de heregía (5). Las leyes de Toro aclararon algunas dudas á que habia dado lugar la legislacion de las Partidas, y la Novísima Recopilacion concluyó disponiendo que las dotes debian considerarse inoficiosas en la parte en que escediesen de la legítima de los hijos (6).

---

(1) *Lex Julia de adulteriis et de fundo dotale*; Cod. 5, 13. Const. 1, pár. 6 y 13.
(2) *Forum judicum*, tít. 1.°, 3.° y 4.°, lib. 3.°
(3) Cárdenas; *Dro. moderno*.
(4) Ley 1, tít. 11, Part. 4.ª
(5) Leyes 8 y 9, dicho tít. y Part.
(6) Leyes 5 y 6, tít. 3, lib. 10.

Esta dote, que con alguna propiedad podemos llamar cristiana, en contraposicion á la de los pueblos primitivos, tiene por verdadero objeto contribuir al cumplimiento de las inescusables obligaciones del matrimonio, mantener hasta cierto punto la independencia de la mujer y simbolizar la comunidad de afectos é intereses. No es estraño, pues, que bajo su triple aspecto haya merecido en el mundo civilizado la atencion del legislador.

Además la dote, como deber en el padre, es el complemento de la obligacion natural de alimentar á los que dió el ser, en cualquier condicion de la vida en que no se basten á sí mismos. Abolirla seria borrar por una parte los nobles sentimientos de la naturaleza, y hacer por otra mas dificultosa y pesada la posicion del jefe y cabeza de la familia.

Los autores del proyecto del Código civil, comprendiendo que la dote no debe considerarse como cargo de la pátria potestad, sino del matrimonio, como lo es la de dar alimentos y educacion á los hijos, han introducido la novedad de estender á la madre la obligacion de dotar á las hijas, y de eximir de ella en todo caso al abuelo (1). De esta manera corrigen uno de los defectos mas notables de la legislacion civil española, y evitan las dudas sobre la razon filosófica de la constitucion dotal, inevitables hoy con la incierta disposicion de una ley de Partida.

Si tal es el fundamento y el objeto de la institucion de la dote, no será aventurado decir, que no perdiendo su carácter eminentemente social, en términos generales, será un estímulo para la celebracion del matrimonio. Así vendrá á ser un medio de cumplir las obligaciones inherentes á tan augusta union y atender al cuidado y desarrollo de los hijos, para que algun dia puedan ser útiles á su pátria.

Si la dote goza de tan buen cimiento en el terreno legal ¿puede fundadamente combatirse en el filosófico?

*¿Deberia abolirse para que el interés no tuviera ninguna participacion en este negocio de puro amor?*

Examinémoslo.

En el matrimonio deben distinguirse cuidadosamente los motivos que impelen á celebrarlo. Puede serlo el amor, ó éste y el inte-

(1) Art. 1269.

rés laudable de cumplir los deberes inherentes á la union conyugal, ó únicamente la codicia.

No sin razon ha dicho un ingenio esclarecido, que la historia del matrimonio y de la mujer forma la de los verdaderos progresos de la humanidad, ó como si dijéramos, acompañan paso á paso la marcha del cristianismo. Si el esposo y la esposa, segun Chateaubriand, viven y mueren y renacen juntos; crian á la par los frutos queridos de su union; á la par se reducen al primitivo polvo, y unidos vuelven á hallarse por fin mas allá de los límites del sepulcro, no hay duda que el amor debe ser la base de todo consorcio. Dios estableció esta verdad cual otro de sus divinos preceptos, y galante, caballeresco, sublime ó santo, siempre el amor, dice un filósofo (1), viene á ser tan puro y tan arraigado, que sobre él, como sobre pedestal magnífico, se alza el sentimiento noble del mas noble patriotismo.

Mas no; no puede ser el amor el único móvil de una union perpétua como lo es la del matrimonio. Un célebre economista ha dicho: «el hombre que se ha casado sin tener la esperanza de mantener la familia, debe ser abandonado á sí mismo; su accion es inmoral, y la miseria es el castigo natural y justo (2).» Y tan terribles palabras se han consignado tal vez para hacer comprender, que el hombre no debe caminar al matrimonio sin mas esperanza que su afecto, y sin otro porvenir para cumplir sus deberes que el amor. La creacion de una familia lleva consigo atenciones inescusables que no se satisfacen solo con afecto, y un matrimonio sin otra esperanza, vendria indudablemente á aumentar el número de los desgraciados. Creer lo contrario y pedir en términos absolutos la abolicion de la dote para que el interés no tenga ninguna parte en este negocio de puro amor, es una idea propia de la exaltada imaginacion del poeta, pero no digna del legislador ni del filósofo, llamados á juzgar de los hechos por su influencia en el órden social.

Cierto es que la mujer nació para amar y ser amada, y que, acostumbrándola al verdadero amor, se la fortifica contra las pasiones corruptoras que usurpan su nombre; pero tambien es una triste verdad, que la actual educacion de la mujer no llena su verdadero objeto. Ocultándola cuanto el amor tiene de bello, de profundo y hasta de sublime, se lo miente mas perfecto y mas puro; cuanto mas

(1) Catalina; *La Mujer*.
(2) Malthus.

seduce los sentidos. Por esto no comprende que el amor en su pureza, como dice Madama Trembika, es la piedra de toque de la perfeccion moral. El amor, pues, será la mas segura prenda de ventura en la sociedad doméstica, cuando lejos de ser el producto del ócio ó la satisfacion del amor propio, tenga su orígen en las buenas cualidades del corazon y en los encantos del talento.

En nuestra actual sociedad se advierte con dolor lo contrario, por no haberse conservado la familia en el grado de perfeccion y felicidad á que la elevó el Cristianismo. El gran cisma de Occidente corrompió la antigua fé, á pesar del concilio de Constanza y de los esfuerzos de tan eminentes varones como San Vicente Ferrer y Francisco Javier, y la caida de la antigua capital del imperio bizantino, en medio de sus adelantos, importó de nuevo el triste recuerdo de las costumbres paganas. Por otra parte, el pretendido reformador de la Iglesia despojó de toda su dignidad al acto augusto que une los esposos santificándolos, y relajó el vínculo fundamental de la sociedad doméstica. Declamando contra las leyes protectoras de la mujer, destruyó su dignidad, volviéndola á los aciagos tiempos del Paganismo. Algunos escritores de la llamada escuela filosófica del siglo XVIII completaron cuadro tan desconsolador, enseñando á la mujer (1) que el pudor no era mas que una cualidad propia de la buena educacion; que la castidad y la continencia son virtudes que para nada aprovechan (2); que la conducta de las mujeres libertinas es muy útil al público (3), y otras infames paradojas indignas de ser transcritas.

Este desbordamiento social, contenido en España por la hábil política de Felipe II y el piadoso celo de Santa Teresa, habia de trascender á las instituciones relacionadas con la familia. El matrimonio no era, ni es hoy para la mayor parte de los hombres, mas que un innoble comercio. La dote, desposeida de todos sus caractéres primitivos, no llena el fin social de su institucion. Para unir la mujer al hombre, segun el abate Gaume (4), no se consulta ni su aptitud ni su inclinacion; no se cuida de averiguar si reune las condiciones exigidas por la religion y la sociedad para ser

(1) *Las costumbres*, 2.ª parte, cap. 1, art. 3.
(2) *Cartas Persianas*, 113.
(3) *Del hombre*, tom. 2, secc. 8, cap. 18.
(4) *Histoire de la famille*, lib. I.

una esposa fiel; se cuida menos aun de saber si el esposo que se la destina posee las cualidades necesarias para hacerla feliz. Su casamiento es un tráfico en que no pocas veces se fija menos la atencion que en cualquiera otra especulacion mercantil. El interés personal de los padres queda satisfecho: hay una carga menos que sufrir. Sin embargo, ¿quién puede olvidar aquellas sublimes palabras? «*Filiæ tibi sunt? Serva corpus illarum et non ostendas hilarem faciem tuam ad illas. Trade filiam, et grande opus feceris, et homini sensato da illam* (1).»

Allí, pues, donde la codicia sea el único móvil del matrimonio y se haya fingido amor, imposible será encontrar el gérmen de la felicidad. Allí donde el hombre ó la mujer, consumidos por la fiebre de los goces materiales, consideren el matrimonio como medio de enriquecerse, como un cálculo, como una compra venta; allí, como elegantemente demuestra Lamennais (2), no puede esperarse mas que el adulterio ó la desesperacion.

La abolicion de la dote no evitaría tan funestas consecuencias, si al mismo tiempo el legislador no colocara á la mujer en estado de ganar en virtudes lo que perdia en bienes y en independencia.

Con la abolicion de la dote no renacerian la paz, la confianza mútua, la autoridad del padre y la reverencia de los hijos. Cuando se turba tan dulce armonía, es que se hallan trastornadas las leyes primarias de la naturaleza, y se presenta necesario reconstituir la familia.

Para conseguirlo es indispensable comenzar por hacer comprender á la mujer la idea de su dignidad y su influencia en la civilizacion por medio de sus virtudes; para que sepa, en una palabra, que todo tiene su orígen en los arcanos del corazon de una madre. Un filósofo de nuestros dias ha dicho con punzante ironía (3) que el mundo no sabe lo que es la mujer, porque la sociedad la cierra la boca desde que nace hasta que muere; y ha considerado la educacion como la sávia del árbol de la inteligencia y del árbol de la virtud.

Si en el seno de la sociedad doméstica ha de haber virtudes, forzoso es comenzar por la educacion de la mujer, pues por ella, se-

(1) *Eccl.* VII, v. 26 y 27.
(2) *Amschaspands y Darvands*, cap. 24.
(3) Catalina; *La mujer*.

gún Say y Mirabeau, debe empezar la educacion de los hombres. El que la corrija, ese habrá rehabilitado el matrimonio.

No hay nadie que dude de la influencia de la mujer en los destinos del mundo. Napoleon aseguraba «que el porvenir de un niño es siempre obra de su madre.» El poeta polonés Kransiki decia: «nosotros gobernamos el mundo, y las mujeres nos gobiernan á nosotros.» Las primeras impresiones, las del hogar doméstico, son de inmensa importancia para descuidar su direccion. Los consejos recibidos en el regazo de una madre al calor de su afecto, quedan grabados siempre en el corazon del hombre. Hé aquí por qué interesa á la sociedad que las virtudes sean el principal adorno de la mujer. Libres ó esclavas, ellas deciden de las costumbres de los pueblos, porque ellas reinan sobre nuestras pasiones.

¿Y es posible infundir aquellas virtudes á la mujer de nuestra época? Para lograrlo, téngase presente, que la única clase de regeneracion posible, es la que se deriva de la religion cristiana. Ella trasformó en una virtud la pasion del amor, que hallamos como la vida en el primero y último grado de la creacion, modificándose con la materia y divinizándose con el espíritu. Ella hace á la mujer tierna madre y fiel esposa, constituyendo la felicidad de la familia cristiana.

A los que se sonrian oyéndonos, les repetirémos con Aimé-Martin: «Amad y vuestros deseos quedarán satisfechos; amad y sereis felices; amad y todas las potencias de la tierra se arrastrarán á vuestros piés. El amor es una llama que arde en el cielo, y cuyos dulces reflejos brillan hasta nosotros. Abrenseles dos mundos, concédensele dos vidas; por medio del amor duplicamos nuestro ser, por medio del amor nos unimos á Dios (1).»

La mas preciada dote de la mujer ha de consistir por lo mismo en sus virtudes. La práctica de ellas la hará ser querida, admirada, honrada y feliz. Se considerará dichosa con la felicidad que produce el cumplimiento de sus deberes y el goze de un amor puro.

Interin la mujer no se constituya, por la direccion de los sentimientos de sus hijos y por el ejemplo de sus virtudes, en manantial de ventura para la familia y para la sociedad, inútil es que el legislador derogue el actual sistema dotal; pues con ello haria aun mas precaria su condicion.

---

(1) *Educacion de las madres de familia.*—Tomo 2.° cap. 17.

Hasta entonces al hablar de una mujer, nuestros jóvenes de la actualidad continuarán preguntando simplemente ¿es rica? Hasta entonces los sentimientos que inspira la virtud, permanecerán avergonzados y temerosos, contemplando la degradacion de los espíritus absorbidos por la codicia. Hasta entonces la que Dios creó para *ayuda y compañera del hombre*, en vano se afanará por levantarse sobre la turbia admósfera de las pasiones.

Pero cuando la familia se reconstituya sobre sus verdaderas bases; cuando la mujer sea la madre y la esposa digna de estos sagrados títulos, y pueda su nombre escribirse en el cuadro de la familia cristiana; cuando nuestra actual juventud al hablar de una mujer pregunte, como lo hacian sus abuelos ¿es honrada? entonces el legislador en vez de abolir la dote, deberá modificarla. Entonces, al reformar la institucion de la dote, como exige su condicion, podrá establecer el derecho de retorsion al donante cuando la mujer haya fallecido sin hijos, como se ha conservado en la legislacion foral de los Reinos de Aragon, Valencia y Cataluña (1); prohibir el tan justamente combatido privilegio dotal; (2) y hasta la notoria desigualdad en los matrimonios, como lo hizo la legislacion gótica (3). De este modo se evitarán infames especulaciones, y aun crímenes espantosos.

Regenerada la mujer por la religion, la dote será como ha debido ser siempre, una institucion social, cuyo objeto es garantizar el cumplimiento de las obligaciones inescusables del matrimonio, y contribuir á que la familia se conserve en el grado de perfeccion y felicidad á que la elevó el Cristianismo.—He dicho.

**Manuel Danvila y Collado.**

---

(1) Portoles, *ad. Ob.* 52 *de Jure Dot.* núm. 4—Jaime I, 37, 1 y 2—Alfonso III, 219. 2, 2.—Cáncer, part. 1, cap. 9, núm. 133.—Fontanella, clausula 7, glos. 3, part. 12, núm. 26.

(2) Oportebat enim disponi, maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris... L. 12, c. *Qui pot. in pign.*

(3) Ley 4, tít. 1, lib. 3 *Forum judicum.*

## DEL DEPÓSITO DE MUJER SOLTERA POR CAUSA DE MATRIMONIO.

Mucho se ha escrito acerca de la necesidad del consentimiento paterno para contraer matrimonio: mucho sobre las pragmáticas de 1776 y 1803, habiendo, como en todos los casos, como hay siempre que se agitan cuestiones de derecho, partidarios acérrimos de aquella facultad del padre, é impugnadores exaltados de la misma. Son los primeros, los que tienen la conciencia del respeto debido á esa magistratura doméstica, los que desean robustecer los sagrados vínculos de la familia, los que todo lo temen de la resolucion arbitraria, caprichosa de un hijo en un momento de pasion, y no pueden creer que un padre abuse nunca por cálculo de la superioridad que la naturaleza y la ley le dan sobre su hijo. Son los segundos los que, haciendo intervenir la libertad en todos los actos de la vida, quieren que el hijo la tenga tan ámplia como pueda ser para contraer matrimonio, el acto mas espontáneo de ella; los que citan por ejemplo, tal ó cual padre que ha opuesto á la voluntad del hijo la suya, propia, impulsado por miras de interés; los que, sin ánimo de rebajar la autoridad del padre, porque eso no puede quererlo nadie, tampoco se la conceden tal que deba absorber la personalidad del hijo, tal que se mezcle en un acto al parecer esclusivo de este, y cuyos resultados, ó favorables ó adversos, á él solo toca soportarlos. De los dos pareceres, inútil será decir que adoptamos el primero: aunque no obráran razones para atribuir al padre toda entera, la facultad de velar por sus hijos, dirigirlos y gobernarlos, el interés de estos mismos recomienda que la tenga y que la emplee para evitar los males que son consiguientes á su inesperencia. Queremos prescindir del derecho que el padre tiene á impedir que su hijo, enlazándose con familia que no le corresponda, le dé un heredero á disgusto; queremos olvidar el que tiene como padre para no consentir la emancipacion y sus efectos, sino cuando estén compensados con las ventajas morales que han de resultarle de la acertada eleccion de esposa: queremos no pensar en que una doble cuestion moral y fisiológica viene cumprendida en el acto de negar ó conceder su consentimiento; aunque de todo se prescinda, aunque todo se olvide, el consentimiento paterno debe intervenir en el matrinonio como la santificacion de la voluntad del hijo; el hijo debe pedirle en testi-

monio de respeto, como complemento de una resolucion que puede ser desacertada, como la garantía de un consejo ilustrado que necesita moderar y dirigir los ímpetus de una pasion tal vez acalorada y ciega. En esto se fundan todas las legislaciones para exigirlo, incluso la nuestra que seria mejor, si reconocido el principio, no hubiese sido tímida en seguirlo, si no hubiere adoptado un término medio que no satisface á la verdad, en vez de seguir resueltamente el camino único y solo que puede conducir á ella. Son de esa vacilacion triste resultado las disensiones que por esta causa estallan con frecuencia en la familia, los matrimonios resistidos, pero al cabo celebrados, los funestos efectos de esa disidencia doméstica que ahonda el abismo entre las familias á medida que el hijo reflexiona sobre la oposicion del padre y que este vé triunfante la desobediencia del hijo. Agréguense á esto las circunstancias que de contínuo acompañan á esta escision; cosa por otra parte bien natural. Cuanto mas apretados son los lazos, mayor el esfuerzo que hay que hacer para quebrantarlos; mayor el estrépito de su rompimiento. ¿Qué suceso ocurrirá en el hogar doméstico ni mas sonado, ni mas sentido, quisiéramos decir, si la ley nos lo permitiese, mas escandaloso que el depósito de una hija de familia? Lo es mucho el que un hijo acuda á la autoridad de la provincia buscando amparo contra los rigores de un padre: lo es la disipacion de un hijo que obliga á un padre á pedir remedio que no alcanzan á darle sus fueros; lo son las rivalidades ó por cuestiones de familia ó por causa de intereses que turban alguna vez la paz de las casas. Pero ¿qué podrá compararse con el quebranto que los padres esperimentan, viéndose sorprendidos con la noticia de que una hija ha pedido depósito? Lo que con esto ha dado á entender, lo que este acto significa es, que la hija desconfia de encontrar justicia en su padre y la busca en la autoridad civil; teme no encontrar seguridad en su casa y la busca en la del amigo; desea salvar el recinto de cariño y respeto que la aprisiona en su familia, para ser libre, para satisfacer su voluntad, hija tal vez del capricho y siempre de una pasion: que sola la pasion es capaz de hacernos desconocer ciertos deberes.

Yo digo que será necesario este remedio, puesto que la ley le ha establecido; pero que es sensible, pero que es cruel la eficacia del remedio. La jóven que pide un depósito no tiene que alegar motivos para que se le conceda; le pide porque le desea, y la ley la concede lo que pide; su voluntad no se halla de acuerdo con la de sus pa-

dres, y en el disenso de las dos voluntades, no es la del jefe de la familia la que la ley consulta, la del hombre imparcial en quien no pueden suponerse miras contrarias á la felicidad de la hija: se consulta la voluntad de esta, jóven inexperta, jóven apasionada y que dá la medida del estado de su corazon, en el arranque, impropio del sexo débil, con que pugna por sacudir la tutela de sus padres.

No quiero repetir la gran razon, para mí mas que grande, mezquina y vulgar, por la que se pretenden autorizar estos y otros abusos. La ley tiende, se ha dicho, á fomentar los matrimonios: á eso responderia que nunca á espensas de los derechos sagrados de familia, de los principios de órden esencialmente interesados en que no desaparezcan las bases del doméstico; nunca, si para conseguirlo, hay que dejar sin garantías la autoridad paterna. Si aun por fin los matrimonios no se celebráran sino en edad madura, cuando los contrayentes conociesen la trascendencia del acto, la circunstancia siquiera de su indisolubilidad. Pero la ley *por fomentar los enlaces*, los autoriza en una edad temprana, la ley reconoce en los jóvenes aptitud para casarse á los catorce y doce años, cuando sería cuestionable si la tienen en ese tiempo ni física ni moral; la ley permite celebrar el mas grande de los contratos á los mismos á quienes declara incapaces de obligarse por ellos y por una contradiccion que es el resultado de un falso principio, permite hacer un sacramento á los que hasta desconocen los términos y la estension de un contrato.

En tan desfavorables condiciones, es natural que ocurran casos de depósito, porque lo es que los padres resistan las determinaciones de sus hijas fundadas sobre una impresion pasagera; natural que los encargados de velar por la suerte de sus hijos, aparten ó procuren apartar las desgracias que se ocasionarian por una eleccion antojadiza y caprichosa; natural y muy natural que encargados de dar el consentimiento se nieguen á prestarle, mal que pese á la voluntad de sus hijos, cuando por motivos, que á aquellos solo toca apreciar, no encuentren ni conveniente ni acertado un proyecto de enlace.

Pero este es uno de los actos en que no suele concederse la razon á quien la tiene. Si la ley la ha hallado para conceder al padre esa manifestacion de su voluntad; si ha creido que es de rigor, hasta cierta edad por lo menos, que la interponga á fin de completar y ratificar la del hijo, él debe ser árbitro y juez único; á nadie debia

serle permitido inmiscuirse en sus determinaciones, y menos revocarlas. ¿Quién puede ser juez sobre el padre en lo que concierne al régimen y direccion de la familia? ¿Qué autoridad mas legítima que la suya?

Y sin embargo, véase un caso en que las leyes dudan y prescinden de ella, creyendo, que por ser mas favorable al hijo, puede ser mas imparcial la de un juez, la de un gobernador. Esos son los funcionarios designados por la ley para oir las quejas de los hijos, para darles la razon aunque conozcan que no pueden tenerla cuando protestan contra el que llaman rigor de un padre.

Un hombre ha logrado escitar la imaginacion inpresionable de una jóven: puede ser aquel mayor de edad, puede ser un niño: mas frecuente es que sea lo segundo, porque solo en los pocos años se concibe que uno sugiera cierto género de medios para remover los estorbos que se oponen á la realizacion de un deseo: en cualquiera de los dos casos, puede ó no necesitar ó tener de antemano el consentimiento paterno, que no se le rehusa con tal de alejarle de la familia; ese hombre en estas circunstancias, ó arrastrado por la pasion del amor, ó lo que podria tambien suceder, obedeciendo al móvil de un interés calculado, es el obsequioso amante de aquella jóven, y ni perdona sacrificio, ni repara en medio para hacerse dueño de su corazon y mandar en su alvedrío: solo un obstáculo se opone al cumplimiento de la palabra de futuro enlace, con que la lisongeó desde el primer instante y pudo abrirse camino en su corazon cándido é inocente, ese obstáculo es la negativa del padre; y qué ¿le cuesta mucho por ventura triunfar de esa negativa? En disimulando sus intenciones, y procediendo por sorpresa, cuando el padre menos lo espere, el amante habrá conseguido la interposicion de una autoridad que remueva la suya, un juez llamará á las puertas de su casa, esplorará por separado la voluntad de la hija, y solo con que esta sostenga su palabra, y no retracte la firma con que ha suscrito la esposicion que ella no ha hecho ó que otro la ha sugerido, el juez pondrá entredicho á la autoridad del padre, solo la suya prevalece; he dicho mal, quien dá la ley es la hija que se aparta del hogar paterno, seducida, fascinada, orgullosa, si cabe que tenga orgullo, la hija que presta los medios para que un hombre advenedizo, un hombre estraño, un seductor quizás, cause á la autoridad paterna esa herida á traicion.

Ha sido la ley por cierto muy indulgente, muy fácil en este pun-

to: para cosas que nada importan grandes diligencias: exámen de testigos, reconocimientos, informes periciales no logran acaso declarar urgente un negocio, ó que se admita y se siga un recurso: los depósitos de mujeres solteras parecen siempre casos de suma urgencia. Puede el padre saberlo, cerrrar las puertas de su casa, vigilar mas á su hija, llevarla á país estranjero: á un juez le esponen esa urgencia, y el juez usa de su oficio y dá los primeros pasos ya precipitados para llevar en pocos dias á completo término un acto grave sin reparar en qué ese término puede ser ¡quién lo duda! un precipicio.

No es digna una hija que así se levanta contra la autoridad paterna de que esta lleve mas adelante su solicitud, y de que en momentos de tanta angustia y de tanta premura, señale con ánimo sereno la casa que considere mejor para hacer el depósito: la del amigo no es buena, porque quiere evitar ese disgusto al amigo, pretestos á la depositada para que desde allí se queje contra la influencia de su padre, la hija lo señala quizás y el padre se conforma. ¿Al padre ya que le importa?

Durante una sesion que acaba en pocas horas queda consumado el acto: la hija envenena el insulto que ha hecho á sus padres, repitiendo á su presencia y con esa discusion insolente que hace encender las megillas de las personas imparciales, que es su voluntad abandonar la familia, establecer esa separacion ¡ah! que puede ser eterna: que tal vez no cesará sino cuando la realidad de la obcecacion busque remedio en la misericordia de los padres: el juez sale en demanda de un asilo estraño para la hija que ha roto con el suyo; la familia sumida en el mayor quebranto no halla consuelo ante la idea de que la autoridad, encargada de velar por los derechos del ciudadano, sea la misma que haya desconocido los suyos, llevándole una alhaja de casa sin remedio para recuperarla, sin tribunal ninguno, como no sea el de la propia conciencia, para esponer sus resentimientos. ¿Para qué intentar la remocion del depósito? Antes de conseguirla se ha obtenido la órden de la autoridad encargada de entender en los espedientes de disenso. En cualquiera casa en que la hija permamezca, el resultado será siempre igual: puede estar segura de conseguir de la autoridad el consentimiento que el padre la niega: no mudando de propósito, y eso es difícil despues de haber llegado á costa de un escándalo al punto en que se encuentra, sabe que su deseo se cumplirá, que la autoridad de la provincia tiene

que conceder lo que no puede negar. ¿En qué se fundaria la negativa de la autoridad civil? La del padre se comprende: hay razones de conveniencia que no pueden decirse, que él solo puede apreciar: hay motivos, hay antecedentes que él conoce, que no constituyen una falta, pero que le dan razon para el no asentimiento: tienen los padres el instinto de la felicidad de sus hijos, y es en vano traerles á dar cuenta, obligarlos á que espliquen los fundamentos de su conducta. Nada de esto sucede con la autoridad; y como no se le dan razones, y está llamado á conocer de un espediente, donde lo que mas descuella es la voluntad firmemente espresada por dos jóvenes de contraer matrimonio, inquiriendo á lo más que el aspirante tiene algun modo de vivir ¿lo demás qué le importa? ¿Está llamado él á juzgar de las demás conveniencias de familia? La suerte que el matrimonio reserve para el porvenir ¿á él que le interesa? Falla este asunto con la misma fria imparcialidad con que resuelve otros, sin conocer siquiera los nombres de las persona que lo agitan, para olvidarse de ellos, y para que el espediente pase á un archivo desde el momento que salga de sus manos.

Por manera que en vano es la resistencia de los padres de familia; de ella triunfa la voluntad de las hijas. La inauguracion de una familia, cosa de tanta importancia entre los romanos, tan solemne para los godos, se verifica entre nosotros, que en esta parte no conservamos aquellos precedentes, casi á la fuerza, solo porque dos jóvenes lo han resuelto, y á pesar de su inexperiencia, y aunque sea una calaverada, es su voluntad consumarla y la ley no les quita los medios.

Muchas de nuestras leyes han de sufrir reforma, y no será la última la que ha establecido el famoso recurso de irracional disenso. De ella proceden todos los males. Si hasta una edad mas ó menos larga, se prohibiera á los hijos de familia contraer matrimonio, mientras el padre no lo aprobase, no sucedería lo que hoy pasa. Los hijos moderarían su impaciencia, á bien que esta es enemiga del consejo, y pocas resoluciones le necesitan tanto como la que de una vez se toma para no revocarla nunca. La disposicion de la ley canónica, y que es la nuestra, señalando la edad de los 14 y de los 12 años para contraer matrimonio no estaria en oposicion con la ley que exigiese además hasta otra edad, el requisito del consentimiento paterno. Por largo tiempo se consideraron nulos los matrimonios contraidos sin esta solemnidad, y aunque hoy no lo sea, no tiene la

Iglesia menos interés que el Estado en que se dé esa garantía de acierto á la union conyugal, encargada de realizar tan altos fines, tan altos destinos. La verdad es que en la mayor parte de los países aquella edad es prematura; pero no es esa la cuestion.

La edad señalada por el art. 144 del Código francés es de 18 años para los varones y 15 para las mujeres. Para consignar la escepcion del artículo siguiente se ha tenido en cuenta la ofensa hecha al honor y la necesidad de evitar el escándalo. Hasta los 25 años el marido y 21 la mujer no permite el artículo 148 á los hijos de familia contraer matrimonio sin el consentimiento de los padres: en caso de disenso basta el del padre. Otras personas le reemplazan en estos derechos si ellos no existen: por último los hijos de familia mayores de aquella edad, menores de 30 años, han de pedir el consejo por un acto respetuoso, renovándole dos ó tres veces de mes en mes (art. 151 y 152).

Natural es esa disposicion en un código que se formaba momentos despues de haber salvado una revolucion que habia aflojado todos los vínculos, que habia faltado á todos los respetos: el legislador conoció la necesidad de estrecharlos, y necesitaba principiar por los vínculos y respetos que deben conservarse en la familia, base y fundamento del órden social.

Allí no hay recurso contra la negativa: es el voto absoluto que no consiente apelacion ni alzada: el Tribunal de un padre no reconoce otro superior. El depósito carece de objeto desde que el hijo ó hija de familia se persuaden de que no tienen mas remedio que conformarse con la voluntad paterna, y aun si fuera verdad que el padre se ensañase contra un hijo que manifiesta una voluntad contraria á la suya, es menos posible que lo haga ni que ejercite actos de rigor, cuando está convencido de que mientras él no consienta, no ha de celebrar el hijo el proyectado matrimonio.

Ni hay oposicion en la ley al permitir los matrimonios á los 18 y 15 años, y mandar que no se celebren hasta los 25 y los 21, si el padre lo resiste.

«Las fuerzas del cuerpo, dice un comentador (Rogron), se desenvuelven antes que las facultades del alma; el hombre se encuentra hábil para contraer matrimonio antes que capaz de hacer una buena eleccion. *La ley ha querido que la ternura ilustrada de los padres supla al defecto de la experiencia de los hijos y se oponga al arrebato de las pasiones.*» Es inícuo suponerle otras miras, pensar que se

arriesga algo concediéndole esa intervencion. La ley que supone á los hombres buenos, ¿tiene motivos en que fundar la presuncion de que los padres sean malos?.... Sobre todo, el que alguno lo sea, y me cuesta conceder esta suposicion, el que alguno abuse, es menos malo que el que de todos se recele, estableciendo un recurso general de disenso que descansa sobre el principio de que es abusiva la autoridad paterna. Lo primero es una desgracia sin consecuencias: lo segundo autoriza un escándalo que las tiene.

En este sentido está escrito el proyecto del nuevo Código, cuyas disposiciones importa mucho ir conociendo para saber en qué puede mejorarse, ó si por ventura contiene alguna peligrosa innovacion.

El art. 51 dice: el hijo de familia que no ha cumplido 23 años y la hija que no ha cumplido 20 necesitan para casarse del consentimiento paterno. Los siguientes artículos enumeran las personas encargadas de prestarle cuando el padre ha fallecido; y el 53 dispone: *las personas autorizadas para prestar el consentimiento no necesitan espresar la razon de la negativa, y contra su diseniso no se admitirá recurso alguno.*

No promoverémos cuestion acerca de si deben ser los 23 años que el proyecto señala ó los 25 del Código francés como término dentro del cual no se puede contraer matrimonio sin consentimiento paterno: en una y otra legislacion se consigna el mismo principio, y esto nos basta. Mas esplícito nuestro proyecto niega todo recurso contra la negativa: el Código francés, aunque no lo diga, tampoco lo concede: en su prohibicion vá envuelta la idea de que, resistiendo el matrimonio las personas autorizadas para autorizarle con su consentimiento, no hay recurso posible ni queja que poder hacer valer.

Deplorariamos los inmensos males que trae consigo el funesto recurso y las informaciones que con ocasion de él pueden hacerse. Pero no ha sido ese nuestro objeto: el caso es que mientras se espera ese resultado, mientras se espera el término del espediente, que por lo comun acaba supliendo el consentimiento paterno, ó lo que es lo mismo, con la declaracion de que la negativa del padre era *irracional*, este ya ha sido préviamente castigado, el padre ya ha pasado por la amargura de ver que la han arrebatado la hija; que ella ó la ley han presumido que sería capaz de cometer un abuso, y para impedírselo, de fuerza ó por grado, le han obligado á sufrir que salga su hija de casa, que vaya á buscar la seguridad en la casa del vecino. La ley lo ha mandado, y no hay mas que respetar los moti-

vos de la ley. Sin embargo, debemos disculpar las quejas y los resentimientos que ocasiona. El depósito de su hija es, á no dudarlo, grande humillacion para un padre.

El exámen de las opiniones reinantes ofrece dos consideraciones que abogan, á no dudarlo, por la doctrina que sostenemos. Es la primera: que el tiempo ha hecho casi imposible las exigencias con que ciertos padres han pretendido alguna vez formar la vocacion de los hijos hácia tal ó tal estado; sea que hoy ninguno tenga ventajas sobre otro, si eso era lo que se buscaba, sea que, como cambian los tiempos, cambian ó cesan ciertas preocupaciones, la que se refiere á la eleccion de estado ó no subsiste ó es menos de temer. La segunda tampoco puede negarse. De pocos años á esta parte las condiciones de la familia están mudadas por completo: las circunstancias han traido cierta facilidad en el trato que nuestros padres no conocieron: la casa de un ciudadano que antes era un santuario, hoy se abre á todas las gentes: no se inquieren de ordinario los títulos de una persona que aspira á ser contado entre los tertulios, entre los amigos de la casa: el menos atrevido está autorizado para frecuentarla despues de una simple presentacion. De ese modo se ha hecho mas fácil estender las relaciones que antes solo existian entre determinadas familias, que venian perpetuándose de padres á hijos, que rara vez las esponian á disgustos de ciertos géneros; no nos admiremos de que tambien lo sea el abuso de que algunos padres se lamentan sin acordarse de que puede haber tenido gran parte en su quebranto su condescendencia, su propia debilidad.

**Benito Gutierrez.**

# DERECHO PENAL.

## ORÍGENES DEL DERECHO DE PENAR

### EN LOS ANTIGUOS PUEBLOS GERMÁNICOS (1).

(*Conclusion.*)

VI.

El principio de la solidaridad (2) que daba á los parientes el derecho, y les imponía la obligacion de tomar parte en las amistades y en las enemistades de la familia, era uno de los rasgos mas característicos del sistema penal de los pueblos de orígen germánico y escandinavo, que examinarémos, aunque brevemente, para completar el cuadro que nos hemos propuesto trazar del derecho y de las costumbres de aquellas razas en materia de penalidad. Este principio venia á proclamar la absurda doctrina de que no son personales los delitos, y que de consiguiente tampoco lo son las penas que se han de imponer á sus perpetradores. Por otra parte, su aplicacion era una tea incendiaria arrojada en el seno de la sociedad, que se veía destrozada por contínuas y encarnizadas guerras de familia, alimentadas por el espíritu de la venganza colectiva.

Ya hemos visto en uno de los artículos anteriores, que para poner límites á este mal que podia llegar hasta el estremo de producir la estincion casi completa de las familias, se establecieron las composiciones, voluntarias al principio y obligatorias despues. Pero asi como los parientes del ofendido ejercian el derecho de venganza, estendiéndose con frecuencia contra los parientes del agresor, asi tambien, constituido el sistema de composiciones, la familia del culpable tuvo que contribuir á su pago, y la del agraviado adquirió una parte de la cantidad que por aquel concepto se debia satisfacer. Era una consecuencia rigorosa de la obligacion de que nos habla Tácito:

(1) Véanse las págs. 143 y 317 del tomo XIV.
(2) Para comprender con una sola palabra la responsabilidad y el derecho solidario de los parientes, usamos de la voz *solidaridad*, que como técnica puede admitirse, aunque se repute poco castiza en el lenguaje comun.

*Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui, quam amicitias necesse est*; pues nada mas natural segun las costumbres de estos pueblos, que los que tenian el deber de auxiliar al agraviado para vengar sus injurias tuvieran el derecho de percibir una parte de la composicion con que se rescataba la venganza, así como tambien que por una justa reciprocidad contribuyeran con el agresor para el pago del wergeld. Y esta obligacion se consideraba tan firme y tan eficaz, que en algunos pueblos de orígen germánico el jefe de la familia no podia desprenderse libremente de su patrimonio, garantía eventual del pago de las composiciones, siendo preciso para que surtiera efecto la enajenacion el consentimiento de sus hijos y aun el de sus parientes colaterales, por el interés que tenian en que no se disminuyera su responsabilidad. En comprobacion de esta doctrina tenemos el ejemplo de un magnate franco que, al hacer cierta donacion de bienes á su futura esposa, manifiesta que ha obtenido el consentimiento de sus parientes. *Una cum consensu virorum illustrium propinquorum meorum* (1).

Las mugeres se hallaban escluidas por regla general del derecho de participar de las composiciones, así como tambien exentas de la obligacion de contribuir; pues no pudiendo ejercitar el derecho de venganza, ni tomar las armas en defensa de sus parientes, á causa de la debilidad de su sexo, era una consecuencia natural de los principios que en esta materia se seguian, que no les correspondiese solidaridad alguna, activa, ni pasiva.

Tenemos un ejemplo de esto entre los lombardos, cuyas leyes escluyen á las hijas de la participacion del wergeld, al menos existiendo varones ligados al difunto con vínculos de parentesco. *Quia filiæ ejus* (*longobardi interemti*), dice Luitprando, *eo quod femineo sexu esse probantur, non possunt ipsam faidam levare* (2). Con el tiempo, sin embargo, las mujeres llegaron á adquirir en algunas tribus el derecho á la composicion: así sucedia entre los frisones, cuya ley determina que el wergeld por el homicidio corresponda tanto á la hija como al hijo, al padre como á la madre del difunto (3). Las leyes de Noruega conceden tambien á las mujeres el derecho de percibir el wergeld, y les imponen la obligacion de contribuir á su pago.

(1) Lindembrog., *form.* 79.
(2) Cap. XIII, leg. Luitprand.
(3) L. Fris., tít XIX.

En los pueblos germánicos y escandinavos no habia una regla comun y uniforme respecto de la parte del wergeld que los parientes habian de satisfacer ó percibir. No obstante, se cree que en un principio fué tan completa la responsabilidad, que por insolvencia del culpable estaban obligados sus parientes mas próximos á pagar íntegramente la composicion. Pero cualesquiera que sean los grados de certidumbre que tenga esta proposicion, es lo cierto que la hallamos profundamente modificada en las leyes de aquellos pueblos, que no solo no imponen la obligacion de contribuir por el todo, sino que designan la parte que se ha de satisfacer, proporcionándola á la mayor ó menor proximidad del parentesco.

El título 61 de la ley Sálica enmendada, que en algunos textos es el 58, establece la manera de exigir la responsabilidad, y el órden que para este efecto se seguia. «El que ha muerto á un hombre, se dice en el espresado título, y no posee bienes bastantes para cumplir con la ley, ha de presentar doce testigos, los cuales han de jurar que ni debajo de tierra, ni sobre la tierra tiene mas que lo que ha entregado ya. En seguida entrará en su habitacion, y tomando tierra de los cuatro ángulos, se colocará en el umbral, y volviéndose hácia el interior de la casa, arrojará con la mano izquierda la tierra que habia cogido, por encima de los hombros, sobre su mas próximo pariente. Pero si su padre, su madre, ó su hermano han pagado por él, la deberá arrojar sobre la hermana de su madre, ó sobre los hijos de esta hermana, y si no existen tales parientes, sobre los tres mas próximos de parte de su padre ó de su madre. En seguida deberá saltar el vallado, desceñido, en camisa, descalzo, y con un palo en la mano (1); y todo esto á fin de que los parientes de aquellas tres generaciones paguen por él la composicion..... Pero si alguno de ellos fuere mas pobre, y no tiene bienes bastantes para el completo pago, deberá echar tambien la *chrenecruda* (2) sobre el que tiene más, y este deberá satisfacer á la ley. Si tampoco tuviere bastantes medios, el homicida ha de ser presentado en cuatro *mallos*, y en

(1) Este era un medio de manifestar su pobreza, y de que hacian cesion de todos sus bienes.

(2) Chrenecruda, (reines kraut), yerba pura, con la que se significaba el acto de la cesion. Esta es la opinion de Michelet, *Orígenes del derecho francés*.—Segun Plinio, en su *Historia natural*, 22-4, por este medio de la yerba manifestaban los vencidos, que cedian la tierra. Guizot interpreta igualmente por yerba verde la palabra Chrenecruda.—Pardessus en la nota 634 á la ley Sálica no es partidario de esta opinion.

caso de que ninguno de sus parientes le quisiere redimir dando por él la composicion, ha de pagar con su vida.»

Respecto á los agraviados, la misma ley Sálica disponia que los hijos de la víctima percibieran la mitad del wergeld, adjudicándose la otra mitad á los parientes mas próximos, tanto de parte del padre como de la madre, y al fisco en defecto de estos (1). Disposicion que en cierto modo se halla reproducida en un decreto de Childeberto, aunque con la diferencia de que solo se adjudicaba una cuarta parte á los parientes. No era un acto de heredero la participacion de la composicion entre los francos sálios, pues en este caso los hijos del difunto, que eran sus esclusivos herederos, habrian percibido íntegramente el wergeld. Era una satisfaccion que recibia toda la familia, pues segun las costumbres germánicas, ofendida con la muerte de uno de sus indivíduos tenia el derecho de vengar el homicidio, ó de percibir la correspondiente composicion (2). La ley de los Frisones señalaba al heredero las dos terceras partes del wergeld en el caso de homicidio, y la otra tercera á los demás parientes del difunto (3).

Por la de los lombardos se establece que si hay hijos legítimos y naturales, y ha sido muerto uno de ellos, los hermanos legítimos perciban las dos terceras partes, y los naturales el resto. Se vé tambien por este ejemplo, que no siempre estaban relacionados el derecho de heredar y el de percibir la composicion, como algunos han creido, pues la herencia del difunto solo se trasmitia entre los lombardos á los hermanos legítimos, y si los naturales adquirian una porcion del wergeld, era con el objeto de que por su parte cesaran tambien las enemistades, y se asegurase la paz: *propter faidam deponendam*, que eran las palabras de la ley (4).

Entre los sajones se verificaba un repartimiento muy particular y digno de llamar la atencion. «Si alguno comete un homicidio, dice »una de sus leyes, se deberá fijar desde luego el wergeld con arreglo »á su condicion: la tercera parte será pagada por sus parientes, las »otras dos por el homicida, y sobre ellas tendrá que satisfacer una

(1) Lex Sálica, tít. 65.
(2) Esta es la esplicacion que dá, y con ella estamos conformes, el ilustre jurisconsulto Pardessus en la nota 666 de su escelente publicacion de la ley Sálica.
(3) Lex Fris., tít. I.
(4) Lex Rothar., cap. CLXII.

»suma siete veces mayor, sin lo cual, él y sus hijos serán *faidosos*, »es decir, permanecerán espuestos á la venganza de los ofendi»dos (1).»

En este pueblo, uno de los mas rudos y sanguinarios de los de las razas germánicas, se estendia la venganza, no solo contra el culpable y su descendencia, sino contra sus siete parientes mas inmediatos. Por eso es, por lo que habiendo contribuido estos al pago de la simple composicion, cumpliendo así con su deber de familia, debia rescatarlos el homicida pagando el octuplo del wergeld, bajo pena de quedar espuesto juntamente con sus hijos á las iras y á la venganza de los del difunto (2).

Entre los anglo-sajones existia igualmente el principio de la solidaridad; pero sus leyes hacian una distincion entre la línea paterna y la materna, estableciendo que los parientes que correspondian á la primera pagasen la mitad, y los de la segunda solo la tercera parte de la composicion. Si el homicida no tenia parientes de la una ni de la otra línea, sus compartícipes en la comunidad debian pagar la mitad, así como en el mismo caso tenian el derecho de percibir igual parte del wergeld, correspondiendo la otra mitad al rey (3).

La ley de los borgoñones, inspirándose en ideas mas elevadas, ofrece una escepcion notable á este principio comun á todas las leyes bárbaras, proclamando la doctrina de que las penas son personales, que solo deben ser perseguidos los autores del delito, y que no hay razon alguna para molestar á los inocentes, cualquiera que sea la relacion que tengan con el culpable. Estas son las palabras de la ley: *Hoc specialiter in hujusmodi causa universitas noverit observandum, ut interfecti parentes nullum nisi homicidam persequendum esse cognoscant: quia sicut criminosum jubemus extingui, ita nihil molestiæ sustinere patimur innocentem* (4).

En el mismo pueblo franco en que por la ley Sálica se hallaba establecida la responsabilidad de los parientes, como ya hemos manifestado, habia medios eficaces para libertarse de ella, haciendo una renuncia solemne de los derechos de familia, que producia su disolucion, con ciertos ritos y ceremonias simbólicas. Presentándose

(1) Lex Sax., II, 6.
(2) Lex Sax., II, 6. Du Boys, *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, tom. I.
(3) Lois d'Alfred, cap. XXVII.
(4) Lex burg., tít. II, núm. 6.

ante el *tunginus* el que se queria libertar de esta obligacion, rompía sobre su cabeza cuatro ramos de álamo, lanzaba los pedazos á los cuatro ángulos del sitio en que se celebraba la asamblea, y declaraba que para lo sucesivo renunciaba á toda co-juracion, á toda herencia, y á todo interés colectivo (1). ¡Disposicion singular que prueba cuánta fuerza tenía la voluntad del individuo entre las razas germánicas, pues llegaba á quebrantar los vínculos de la sangre, y á romper los naturales lazos que unian á los parientes en virtud de su nacimiento!

Pero aun esta misma renuncia llegó á ser en cierto modo supérflua respecto á la responsabilidad solidaria, desde que Childeberto II, rey de Australia y de Borgoña, en una de sus constituciones dictada en 595, declaró abolido lo dispuesto en el título de Chrenechruda, como repugnante á las máximas del cristianismo, y observado durante el tiempo en que los francos estaban sometidos á las supersticiones paganas (2).

En las leyes escandinavas se establecieron reglas bastante precisas para la particion de las composiciones, y se modificó la disposicion al principio sumamente rigorosa, de que los parientes debian satisfacer el wergeld en su totalidad por insolvencia del malhechor. Segun las leyes espresadas, el wergeld se dividía en dos mitades: la una, que el culpable ó sus mas inmediatos herederos habian de pagar á los mas próximos parientes del difunto; y la otra, que respectivamente se habia de satisfacer y recibir por los parientes mas lejanos. Llamábase la primera *Oranbot*, multa de la venganza; y la segunda, *Arvabot*, multa de la raza ó de los herederos (2). Las mujeres mismas, escluidas por regla general del derecho de la venganza, y por consiguiente del de recibir las composiciones, le ejercían en determinadas circunstancias ó percibian el wergeld, estando tam-

---

(1) *Si quis de parentilla tollere se voluerit, in mallo ante tunginum aut centenarium ambulet; et ibi quatuor fustes alninos super caput suum frangat; et illas quatuor partes in mallo jactare debet, et ibi dicere ut et de juramento, et de hæreditate, et de tota illorum se ratione tollat.* Lex Sal., tít. 63.

(2) *De Chrenechruda lex, quam paganorum tempore observabant, deinceps numquam valeat, quia per ipsam cecidit multorum potestas.*

(3) *Bot*, multa, reparacion: *Oran*, venganza, cólera, furor. Du-Boys, *Histoire du droit criminel.*—Otros han hecho una distincion entre la multa de los herederos *arvabot*, y la que se distribuye entre toda la familia *aeltarbot ó nithgiald.*

bien obligadas en los casos respectivos y por una legítima consecuencia á pagar la composicion. Las leyes noruegas que establecian esta participacion de la mujer, como anteriormente hemos indicado, se espresaban en los términos siguientes: «El homicida y *su madre*, »*su mujer* y *su hija* deben pagar cada uno por su parte una onza y »un quinto á la mujer del difunto; lo que que equivale á dos dones »de paz. La hermana del homicida debe un medio don de paz á la »*hermana* del difunto, á su mujer, á su hija y á su madre, lo que »completa un total de dos dones de paz. El mismo semi-don de paz »debe pagarse á la hermana del muerto por el homicida, por su ma»dre, su mujer y su hija. Todos estos dones juntos forman seis do»nes completos (1).»

Por las mismas leyes de Noruega, así como por las de Islanda, era regla fundamental para la percepcion y para la contribucion del wergeld el atender á la mayor ó menor proximidad del parentesco, debiendo pagar ó percibir mas en sus respectivos casos los mas inmediatos parientes.

En las legislaciones de Suecia y de Dinamarca se hacia la siguiente distincion entre la multa del heredero y la multa de raza. Consistía esta última en las dos terceras partes del wergeld, y se tenia que satisfacer por los parientes del homicida para libertarse de la venganza de los del difunto. El homicida mismo, para completar el pago de su composicion, tenia el derecho de reclamar la parte correspondiente de la multa de raza; y en caso necesario se le concedia una accion para obligar á sus parientes por las vías judiciales. Por otra parte, los herederos del difunto tenian un derecho tan eficaz á percibir íntegramente el wergeld, que en el caso de que no se les pagara por completo, podian exigir que se declarasen proscriptos, tanto el homicida como tres parientes suyos de la línea paterna, y otros tantos de la materna (2). ¡Dureza extraordinaria que solo puede concebirse en pueblos tan atrasados en la carrera de la civilizacion, tan ignorantes de las mas sencillas nociones del derecho de penar, y que llevaban hasta las consecuencias mas exageradas el principio de la solidaridad!

No obstante, en estas mismas regiones se fué templando con el tiempo un rigor tan escesivo, á causa de los abusos á que daba lugar,

(1) Cap. 95, Leg. de Gula-Thing.
(2) Du-Boys, *Histoire du droit criminel.*

y despues de haberse dispuesto que los parientes no fueran obligados á contribuir sino á proporcion de sus facultades, vino una ley á combatir mas radicalmente aquel mal, estableciendo que solo el homicida tuviera obligacion de pagar íntegramente el wergeld, privándole del derecho de poder apremiar para este efecto á los indivíduos de su familia. Solo se consideraba caso de escepcion la huida del culpable sin cumplir las condiciones para la pérdida de la paz, pues entonces tenian los parientes que satisfacer las dos terceras partes del wergeld, si el delincuente no las habia satisfecho.

En algunos países la responsabilidad solidaria no se limitaba á los parientes, sino que se estendia sobre los indivíduos de ciertas agregaciones ó grupos á que pertenecia el culpable, y que se formaban á fin de prevenir los delitos, y de poder ofrecer mas seguridad á las personas tranquilas y pacíficas. Segun una ley anglo-sajona, todos los habitantes de los pueblos del reino se clasificaban de diez en diez, y si uno de ellos cometia un delito los otros nueve respondian del culpable ante la justicia. Si este desaparecia, se concedia para presentarle el plazo de treinta y un dias, y si se le hallaba durante este intervalo era conducido ante la justicia del rey, y se le condenaba á la reparacion del daño que habia causado. Si despues era reincidente en la misma falta, se hacía la justicia en su propia persona. Mas si no se le podia hallar en el término señalado, el *friborges heod*, jefe de la decena, se asociaba con dos de las personas mas considerables del mismo *friborg*, y además con el jefe y otros dos indivíduos notables de los tres *friborg* mas inmediatos, y con ellos juraba que no tenia participacion alguna en el delito, ni en la huida del malhechor. Mas si no podia hacerlo, tenia que presentarse acompañado de su *friborg* á reparar los daños, primero con los bienes del culpable, y no siendo suficientes, con los suyos propios y con los del mismo *friborg*, hasta que la justicia quedara completamente satisfecha (1).

Entre los francos al mismo tiempo que se abolia el título de *Chrenecruda* de la ley Sálica, y en su consecuencia la responsabilidad de los parientes en casos de homicidio, se establecia por Cloto-

(1) En Inglaterra estaba aun dividido el territorio en condados, y estos en centurias, *hundreds* y decurias, *thythings*, antes del reinado de Alfredo, segun las opiniones mas autorizadas. Sin embargo, no siempre la realidad representaba el significado de las palabras, pues las decurias, por ejemplo, solian comprender mas de diez familias.

rio II, que siempre que en una *centena* se robase alguna cosa, se diera al interesado su valor, y se persiguiera al ladron (1).

Y no solo se exigia esta responsabilidad solidaria á los individuos de asociaciones legales y permanentes, sino que á veces recaía tambien sobre los que se habian juntado para celebrar un banquete, durante el cual se habia cometido un homicidio (2).

En España mismo existia en algunas partes, no solamente la solidaridad respecto de los pueblos en que se habia cometido el homicidio, cuando no se descubria el delincuente, sino el abuso llevado al estremo de exigir gruesas cantidades los ministros de justicia á todas las poblaciones colindantes, siempre que se ignoraba el término en que el hecho criminal se habia ejecutado. Así aparece de un documento firmado por Alfonso VI en que se declara abolida esta última costumbre (3).

El principio de la solidaridad, que á pesar de ser opuesto á las nociones de la justicia tenia al menos una esplicacion lógica en las costumbres de los antiguos pueblos germánicos, se conservó todavía en algunas partes de Europa largo tiempo despues de haberse modificado profundamente el estado social de aquellas razas, de haber penetrado en ellas la luz de la civilizacion, y cuando parecia que sus resplandores debian haber disipado completamente las sombras del error y de envejecidas preocupaciones. En confirmacion de esto observarémos que la multa de raza no se suprimió del todo en el reino de Suecia hasta el año de 1335, en virtud de una disposicion de su monarca Magnus Erichson (4).

---

(1) Decreto de Clotario II, año de 595.

(2) *Si in convivio ubi quatuor aut quinque fuerint homines*, decia el tít. 45 de la ley Sálica enmendada, *unus ex ipsis interfectus fuerit, illi qui remanent, aut unum convictum reddent, aut omnes mortem illius compositionem conjectent. Quæ lex usque ad septem qui fuerint in convivio illo convenit observare.*

(3) *Sed aliud injuste operabantur* (habla de los sayones), *cum enim nulla* (villa) *deprehensa fuisset, et omnes villæ quasi sanæ et eliminatæ per illas pœnas exissent, et sine culpa, tunc faciebant in commune cunctis illis villis exolvere legem homicidii, et non solum legem sed duplicatum accipiebant violenter illum homicidium. Hoc ego Adefonsus rex, precipio irritum esse, et numquam amplius id fieri, sed ita constituo..... ut cum tale homicidium perpetratum fuerit, cujus auctor non invenitur, cogunt villas de quibus suspicio est, per juramentum et per pœnam aquæ calidæ. Et quæcumque deprehensa fuerit, ipsa sola exolvat legem homicidii, reliquæ villæ calumniam non sustineant, etc.* Apéndice XXVII, tomo 36 de la España Sagrada.

(4) Geyer, *Histoire de Suede.*

En Dinamarca duró mas tiempo todavía, segun aparece de una ley del rey Cristian III, que pinta muy al vivo los graves escesos á que daban lugar las composiciones, á cuyo pago tenian que contribuir aun personas tan inocentes como los niños que estaban en la cuna, si eran parientes del culpable; mientras por otro lado se aumentaban los homicidios por la seguridad que tenian los criminales de no ser castigados con la pena de muerte, y de no sufrir otro padecimiento que el pagar, auxiliados por sus parientes, la suma que se determinaba (1). En su consecuencia, este monarca declaró abolidas las composiciones y la solidaridad, y estableció contra los homicidas la pena capital.

Mas no solo en las regiones escandinavas se conservó por tanto tiempo esta obligacion de la familia: en Holanda no cesó tampoco hasta la mitad del siglo XV, desde cuya época solo quedaban obligados los parientes que hubiesen acompañado al homicida al tiempo de perpetrar el delito.

Aun en tiempos mas inmediatos á los nuestros se conservaban restos del antiguo derecho que tenian los parientes de perseguir las ofensas causadas á individuos de su familia, ó de conceder perdon á los culpables, mediante determinadas condiciones. Una costumbre que á fines del último siglo se observaba en Amberes lo demuestra de una manera evidente, pues para que produjera efecto en casos de homicidio la gracia del indulto, se exigia el perdon de los parientes del difunto. De esta suerte se venia á reconocer el antiguo y erróneo principio de que la perpetracion de un hecho criminal era principalmente un negocio privado, no solo en cuanto á la responsabilidad civil, sino tambien en cuanto á la imposicion de la pena. Las formalidades con que se pedia y obtenia el perdon son curiosas y dignas de mencionarse en breves palabras. «Los parientes del difunto, vestidos de luto, se reunian en una habitacion enteramente colgada de negro: introducido á su presencia el homicida con la cabeza descubierta, é hincado de rodillas, imploraba el perdon de su delito, y aceptaba la composicion y las condiciones que se le imponian. Cumplidas estas formalidades, el hijo primogénito del difunto, ó en su defecto el mas próximo pariente, le daba el ósculo de reconciliacion, con lo cual la familia se declaraba satisfecha, y se aseguraba la paz.»

(1) Rosevinge, *Collection de lois danoises*, tom. IV.

Y si en la actualidad, el consentimiento de los parientes para la concesion de los indultos no se halla rodeado de tantas solemnidades, no por eso es menos real y efectivo en algunos Estados de Europa, y viene á recordar la antigua venganza privada y la solidaridad de las familias, aunque disfrazadas y envueltas en las formas judiciales.

¡Testimonio elocuente que demuestra hasta la evidencia cuán lentos han sido los progresos de la humanidad, y cuán poderosos los obstáculos que ha tenido que vencer para llegar al conocimiento de los verdaderos principios, y de las bases en que descansa la justicia penal!

**Juan M. Montalban.**

# JURISPRUDENCIA CRIMINAL.

*¿En qué grado deberá imponerse la pena al autor de un solo hecho que constituya dos ó mas delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, en el caso de adquirirse únicamente el convencimiento de la criminalidad del acusado segun las reglas ordinarias de la crítica racional?*

Fácilmente puede á primera vista resolverse la cuestion propuesta, pues la ley la determina distintamente, y siendo clara su disposicion, no debe penetrarse en el terreno de las interpretaciones; sin embargo, observándose en la práctica diversa aplicacion del precepto legal, carece de duda la conveniencia de apuntar los fundamentos de una y otra opinion, que han producido jurisprudencia distinta en la designacion del grado de penalidad. El párrafo 2.° del art. 77 del Código penal, establece que cuando un solo hecho constituya dos ó mas delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, se impondrá la pena correspondiente al delito mas grave, *aplicándola en su grado máximo*.

Esta prescripcion parece no podia inducir vacilacion alguna en el caso indicado; bastaba imponer la pena señalada al delito mas grave de los consumados en el grado máximo para considerar bien y estrictamente aplicada la ley penal: así, pues, si para suplantar un documento público, habia de sustraerse el protocolo del archivo

en donde se custodiaba, el autor de este doble delito deberia ser castigado con el grado máximo de la pena designada al mas grave que es el de falsificacion; empero como al juzgador, en su constante afan de inquirir la razon del derecho para aplicarlo rectamente, le fuera preciso comparar unas con otras disposiciones, examinar su analogía y relacion entre ellas, y deducir las legítimas consecuencias que de tal estudio se desprenden, á fin de no incurrir en error, siempre funesto y perjudicial irreparablemente muchas veces, ha llegado á convencerse, que cuando no consta acreditada en el proceso la criminalidad del acusado en la forma que requiere la ley 12, título 14 de la Partida 3.ª, sino que aquella la adquiere por convencimiento despues de examinadas las pruebas y graduado su valor, segun las reglas ordinarias de la crítica racional; solamente puede imponer la pena señalada en el Código al hecho justiciable *en el grado mínimo*, conforme á lo dispuesto en la regla 45 de la ley provisional para su aplicacion, y este fundamento legal ha originado dos distintas prácticas al aplicar el castigo en el caso dado.

Siempre que no aparece legalmente convicto ó confeso el procesado de autor de un hecho constitutivo de dos delitos, ó en que el uno haya sido medio necesario para cometer el otro de los que resulten perpetrados, le castiga una jurisprudencia con la pena señalada al delito mas grave, aplicándola *en el grado mínimo*, pero en su mayor estension, ó sea en el *máximo del grado mínimo*: en el mismo caso otra jurisprudencia impone al acusado igual pena en el *grado máximo*, fijándola dentro de este en consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes que concurran. Fúndase la última en la literal y terminante disposicion del testo de la ley, segun la cual se ha de aplicar la pena en el *grado máximo*, y en una deduccion legal, tan sencilla como fundada en nuestra opinion que consiste, en que si la mente del legislador hubiera sido no imponer mayor penalidad al autor de dos delitos provenientes del mismo hecho, que al que solamente consumara uno, estaba demás y era superflua la prescripcion del párrafo 2.° del citado artículo 77, por cuanto esto mismo ordenaba por punto general la espresada regla 45; observacion que contestan los sostenedores de la jurisprudencia contraria estableciendo la subdivision, tambien en tres grados, de cada uno de los en que se divide toda pena divisible, segun se infiere de lo preceptuado en la regla 7.ª del art. 74 y párrafo 3.° del 83 del mismo Código; y por consecuencia al determinar esta el

grado máximo, ha impuesto á los Tribunales el precepto de aplicarla siempre en aquel dentro del mínimo, sin tomar en cuenta circunstancia alguna agravante ni atenuante; á diferencia de cuando se aplica la disposicion de la ley provisional, en cuyo caso tiene lugar la apreciacion de cuantas concurran para fijar la pena en el mínimo, medio ó máximo del grado mínimo con arreglo á la naturaleza y calidad de dichas circunstancias.

Como nuestro propósito al escribir este artículo se limita á esponer sencillamente una y otra práctica, y los fundamentos en que cada cual se apoya, prescindimos por esta razon de refutar ninguna de ambas, ni de aducir argumentos en corroboracion de la que nos parece mas aceptable, y mas conforme á derecho; y en tal concepto indicarémos brevemente los en que estriba la primera de las enunciadas prácticas. De la regla general prescrita en la ley provisional, como ya se ha mencionado, deducen que los tribunales, cuando no existe la prueba taxativa de la ley de Partida, ó sea la llamada general y técnicamente *prueba plena*, no pueden imponer la pena sino en el grado mínimo, y de admitirse la jurisprudencia que impugnan habria necesariamente de destruirse la razon legal de la diferencia por la misma establecida, anularla en parte, y prescindir de la armonía introducida para la designacion de la penalidad, segun los grados de certeza que puedan adquirirse acerca de la criminalidad del acusado, topándose con el gravísimo inconveniente de haber de imponer alguna vez la de muerte sin obtenerse la evidencia moral, ó como nosotros diríamos la *prueba plena*. Sucederia, por ejemplo, si un empleado público revelara los secretos de que tuviere conocimiento por razon de su oficio, y de esta revelacion proviniera grave daño para la causa pública, y al propio tiempo suministrara al enemigo planos de fortalezas, documentos ó noticias que sirviesen directamente para hostilizar á España; en tal caso habria de castigarse este hecho, que constituye dos delitos con la última pena, por ser mas grave el castigado por el número 3.° del art. 142, que la revelacion de secretos determinada en el 282, ambos del Código vigente; y como aceptándose aquella práctica ha de aplicarse en el grado máximo, de aquí el no poderse legalmente prescindir de condenar con tan severo é irreparable castigo, aun cuando no exista la evidencia moral.

Además, continúan, de admitirse esta opinion, se establece marcada desproporcion entre el delito y la pena; desproporcion que

con minucioso cuidado se ha procurado evitar en la tan bien meditada estructura de la ley. Supongamos que uno dispara arma de fuego, intencionaltamente con objeto de causar á otro la muerte y así acontece; mas al mismo tiempo infiere lesiones á un tercero; en la hipótesis de no ejecutarse el homicidio con ninguna de las circunstancias espresadas en el número 1.° del artículo 333 se ha de penar conforme á lo prescrito en el número 2.° del mismo con la reclusion temporal, y perteneciendo las lesiones á la clase de leves con el arrestro, destierro, ó multa; por manera que á ser hechos distintos, por el primero se impondrian á lo mas al agresor 14 años de reclusion con las accesorias, y por el segundo 2 meses de arresto mayor ó de 7 á 16 de destierro, ó la multa de 20 á 200 duros, segun los casos y circunstancias; pues bien adoptándose la disposicion del párrafo 2.° del artículo 77, como espresa su literal sentido, y proviniendo ambos delitos mencionados de un solo hecho, ha de condenarse al culpable en 18 á 20 de años de dicha pena de reclusion; y de esta práctica demostracion infieren la desigualdad é injusticia de la opinion que combaten, puesto que por haberse consumado conjuntamente un delito de lesiones con otro de homicidio, penado aquel en el caso de ejecutarse aislado con leves correcciones, por la enunciada circunstancia de provenir de un solo hecho, se aumentan al autor de 4 á 6 años de una pena grave, segun el tipo que se adopte en el fallo; y tan marcada diferencia no arguye nada en favor de la justicia. Otra razon derivada de aquel tan célebre axioma «de estarse en caso de duda por lo mas favorable al reo,» aducen por último en apoyo de la jurisprudencia que consideran mas legal; pero que la intentan destruir los adictos de la contraria sentando «que el precepto de la ley, claro y terminante, no admite la duda.»

Consecuentes con nuestro propósito omitimos aducir comentario alguno en pró, ni en contra de ninguna de ambas prácticas; las dos nos merecen altísimo respeto, pues cuando menos dan una idea elevada del profundo estudio á que se consagran los encargados de administrar justicia para llenar con acierto su alta mision; pero sí concluirémos rogando encarecidamente al gobierno de S. M. tome en consideracion esta divergencia en punto tan importante de jurisprudencia criminal, á fin de que obtenga satisfactoria y equitativa solucion en la ansiada reforma, que se prepara á la ley vigente.—X. B.

# DE LA DENUNCIA POR EL MINISTERIO FISCAL.

*¿Están obligados los funcionarios de las escalas inferiores que ejercen el Ministerio Fiscal, á denunciar al Superior correspondiente los delitos justiciables en los Tribunales Superiores ó Supremos?*

Habrémos de empezar este artículo manifestando que era para nosotros doctrina incontrovertible la de que la accion fiscal en nuestro país de tal modo se halla organizada, de tal modo precisada á poner en conocimiento del Tribunal competente los hechos criminosos, de tal modo, en fin, encadenada, que allí donde se cometiera una trasgresion, allí habria un funcionario público que la denunciase al perseguidor legal correspondiente. Mas todavía, opinábamos que no se hallaban deslindadas las esferas de accion judicial y fiscal, preponderando aun en los funcionarios de la primera un carácter investigador, quizá no muy conforme con la elevada, con la augusta, con la imparcial mision de pronunciar sentencias. Tal era nuestro modo de ver, cuando un caso práctico resuelto en contrario sentido nos ha hecho tomar la pluma para tratar este punto, y ver si obtenemos una enseñanza de que nos confesamos sinceramente necesitados. Entremos en materia.

No insistirémos en los diversos medios de entablar una accion criminal. Pero hemos, sí, de notar que cuando los particulares la entablan usan de un derecho, al paso que el Ministerio público cumple con un deber. De aquí es, que al propio tiempo que los primeros pueden impunemente omitir la denuncia y seguimiento de un proceso, el segundo se vé precisado á denunciar é intervenir en las causas de la manera prévia establecida en la ley. Hasta aquí no hay dificultad. La cuestion consiste en averiguar cuál debe ser la intervencion del Ministro Fiscal en los asuntos penales, cuyo conocimiento está reservado á Tribunales de categoría superior á la en que él ejerce sus funciones. La cuestion consiste en averiguar si el funcionario de primera instancia ha de permanecer inerte cuando llegue á su noticia la comision de un hecho reprobado y penado, ó si por el contrario, deberá prevenir al Tribunal competente cuando

este sea un Tribunal Superior ó el Supremo. Para nosotros es indudable lo último. Creemos firmemente que los Promotores y Jueces tienen el estrecho deber de noticiar á sus superiores gerárquicos, cuantos delitos por ellos justiciables lleguen á saber. Y para nosotros es obvia la demostracion. Nuestro sistema de procedimiento criminal es misto de inquisicion y de acusacion, presentando, sin embargo, en conjunto un carácter eminentemente inquisitivo. En efecto, ¿no tienen nuestras leyes esplícitamente mandado que de oficio se persigan y castiguen los delitos? Aun en el caso de una denuncia privada, ¿no es verdad que los Jueces son durante el sumario los que le dirigen? ¿No se vé que aun despues de practicadas las pruebas, pueden los Jueces esclarecer sus dudas, desaparecer sus escrúpulos, llenar los vacíos, dictando autos para mejor proveer? ¿No se vé que los funcionarios de órden administrativo son auxiliares de la accion pública, y que aun en las corporaciones de orígen popular está representada? Múltiples disposiciones legislativas y numerosas circulares emanadas del Tribunal Supremo y encaminadas á regularizar, vigorizándole, el Ministerio público, ¿no demuestran con toda la claridad apetecible, que el fin de nuestras leyes procesales no es otro sino el de que ni un solo hecho criminoso quede impune? Y ahora bien: ¿no seria un contrasentido, un absurdo inesplicable, que al paso que los últimos funcionarios del órden judicial tienen sus auxiliares, por do quiera atendidos, el primer Tribunal de la nacion, el llamado á conocer de los hechos mas censurables y á juzgar á las personas cuya responsabilidad judicial es la mayor garantía de la sociedad, se encontrará, por decirlo así, desarmado y sin que su accion alcanzase mas allá de su propia observacion? ¿Seria posible que se pudiese castigar á un Procurador Síndico por una omision que puede ser motivada por su debilidad y dependencia, y que hubiera de tolerarse la negligencia de empleados cuya posicion, cuyas relaciones, cuya significacion social les pone al abrigo de ciertas asechanzas que son bien pequeño obstáculo para los hombres dignos y enérgicos al par que mesurados? No, esto no era posible, y la ley ha ocurrido á ello con sus preceptos, que, en nuetro concepto, son bien terminantes, de todo punto ineludibles. Veámoslo.

Está prevenido en numerosas circulares que haya una correspondencia incesante entre los diversos miembros del Ministerio fiscal, á fin de que su accion se ejerza con el celo é interés que el ser

vicio público reclama. Y esta correspondencia no tiene por objeto esclusivo que el superior tenga sobre el inferior una vigilancia contínua, antes bien se encamina igualmente á poner á cada uno en situacion de desempeñar sus deberes con la coveniente solicitud. De poco serviria sino que en el Real decreto de 9 de abril de 1858 se encomendase al Ministerio fiscal entre otras cosas (art. 17) velar por la pronta y recta administracion de justicia, reclamando contra los abusos, corruptelas y malas prácticas que notare; promover el castigo de las personas responsables de los delitosy faltas; velar por el exacto cumplimiento de las leyes, ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones cuya observancia corresponde á los Tribunales; ejercer la inspeccion indispensable para que se cumplan las condénas impuestas y las leyes protectoras de los detenidos, presos y sentenciados. De poco servirian las obligaciones impuestas por el art. 15 del reglamento provisional y el núm. 5.° del artículo 296 del Código penal, de poco, en fin, el precepto legal de que todos los delitos se castiguen, si solo el particular contra quien se abusa hubiese de entablar una accion prestando préviamente una fianza y esponiéndose á los disgustos consiguientes.

Los preceptos legales citados y otros muchos que podrian aducirse, demuestran de una manera incontrastable: 1.° que la ley previsora ha querido tener un representante que cuide de su eficacia; 2.° que este representante está obligado á promover el castigo de los delincuentes.

Y ahora bien ¿cumple con el precepto legal el funcionario público que sabedor de un hecho criminoso, que sabedor de una infraccion evidente, no denuncia al superior correspondiente ese hecho? ¿Vela por la observancia de la ley el que noticioso de que se ha hollado, y estando obligado á reclamar su cumplimiento nada hace? ¿Promueve el castigo de las personas responsables de los delitos y faltas, el que sabiendo que un delito se ha cometido, no suministra los datos necesarios al acusador legalmente competente? Acaso se conteste que el Ministerio fiscal solo se ejerce por medio de la acusacion, y que solo puede denunciar el que tiene el derecho de acusar. Pero de aquí se deduciria: 1.° que el Ministerio fiscal de primer grado es impotente para denunciar los delitos de los aforados y de los que tienen por Jueces á los Tribunales Superiores ó Supremo. 2.° que menos libre que los particulares no puede como estos denunciar todos los delitos y á toda clase de jueces. 3.° que las leyes serán

fantasmágoricas cuando los particulares no tienen recursos ó energía para acudir á otro Tribunal que al de su partido. Si á pesar de esto se nos demostrara que estamos equivocados, rogaríamos al Gobierno que remediara tamaños males.

Tomás Martinez Gonzalez.

# JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA.

La ley es en sí misma una palabra muerta: su accion empieza desde el momento en que es ejecutada, desde que se vá aplicando á la vida real. El modo de entenderla, el de reducirla á la práctica, tienen que ejercer necesariamente una grande influencia sobre la sociedad para que se dicta: cuando la ley es mal interpretada, cuando se juzga por ella de modo diferente al que el legislador se propuso, no puede decirse que rige al país; la significacion torcida que se le dá, la anula: hace mas; sustituye de hecho en su lugar otra ley: podrá en apariencia gobernar en el país, pero en realidad no lo gobernará.

Cuando la ley es entendida de diferente manera en las distintas fracciones del territorio de una nacion, no puede decirse que es una misma, sino tantas cuantas son las circunscripciones territoriales en que se le dá diferente inteligencia. Para evitar este gravísimo inconveniente, para que haya verdadera unidad en el derecho de una nacion, para que la ley y la jurisprudencia no estén divorciadas, se ha introducido en los tiempos modernos el recurso de casacion: se ha dicho, no basta la unidad en las leyes, es menester que la haya en el modo de entenderlas y aplicarlas. Ya pues que formando nuevos códigos, ya que destruyendo desigualdades y sacrificando al principio de unidad en la legislacion instituciones profundamente arraigadas en las costumbres de los pueblos, ya que renegando de precedentes que son la historia de provincias ó localidades determinadas por una larga série de siglos, llevamos con mano atrevida á todo el nivel de la igualdad, no desfiguremos la obra que venciendo tanta resistencia estamos levantando: al contrario, completémosla haciendo que haya un centro único que sea el custodio de la

ley al mismo tiempo que su único intérprete: ante la interpretacion central desaparezcan todas las interpretaciones locales; ante la autoridad doctrinal de los fallos del Tribunal que ocupa el mas eminente lugar en el órden judicial, calle la autoridad doctrinal de todos los demás tribunales.

Estos principios que desde la introduccion de los recursos de nulidad en 1838 empezaron á prevalecer entre nosotros en los negocios civiles, que despues han tenido mayor desenvolvimiento en la Ley de Enjuiciamiento civil y que la opinion pública reclama que se hagan estensivos á las causas criminales, son aun mas importantes en las cuestiones administrativas. Hay muchas razones para ello.

El derecho civil, aun en el estado que tiene en España en donde un Código general comun no ha venido aun á borrar las antiguas legislaciones, como ha sucedido en otros Estados, no presenta las graves dificultades que el derecho administrativo. Calcado sobre el derecho romano, cultivado con grande esmero por los jurisconsultos de todos los países, comentado hasta en sus mas pequeños pormenores, estudiado en nuestras escuelas con predileccion casi esclusiva por espacio de seis siglos, enriquecido con los trabajos de los grandes maestros nacionales y estranjeros, forma un cuerpo ordenado y regular de doctrina, que si bien aparece diseminado en diferentes volúmenes, guarda en todas sus partes enlace, cohesion y armonía. No se alarmen por esto los que miran la codificacion civil como la primera necesidad de la sociedad en que vivimos: prescindiendo de la mayor ó menor urgencia de apresurar la reforma de las leyes meramente civiles, puede tenerse por cierto que si dudas de derecho ocurren hoy en su aplicacion, dudas habrá en el dia en que un nuevo Código civil empiece á ser ley de toda la Monarquía: podrá conseguirse la unidad si se vencen las resistencias que ha de encontrar en su camino; pero al paso que se estingan algunas cuestiones antiguas, nacerán otras nuevas que no tendrán por mucho tiempo el auxilio de una doctrina generalmente admitida, ni el de la jurisprudencia que es obra lenta y sucesiva del tiempo, de los afanes de los jurisconsultos, de la dilucidacion forense y de los fallos judiciales.

Mas no sucede con el derecho administrativo lo que hemos espuesto del civil. Esparcido en muchos mas volúmenes, y aun así incompletamente conocido, puesto que hay importantísimas disposiciones que á él corresponden que no han sido publicadas, compuesto

de leyes, reglamentos y otros actos del Gobierno, producto de tiempos diferentes, amalgama de preceptos heterogéneos, animado en sus diversas partes de diferente espíritu, vario en los objetos á que se estiende, y por las formas de que se reviste, modificándose, destruyéndose, y rehaciéndose, sin interrupcion, reflejando incesantemente las necesidades temporales de la sociedad, dominado de contínuo por ellas, mudable por su índole, tiene actualmente que ser tan oscuro y tan difícil y tan complicado como las fuentes de que se deriva. La multiplicidad cada dia mayor y la variedad infinita de sus prescripciones, la poca estabilidad de muchas, agregan á la dificultad del estudio de las leyes administrativas, la de desconocerse frecuentemente cuáles son las que subsisten en vigor, cuáles son las que se hallan derogadas, cuáles las que solo han sido modificadas parcialmente.

Estas dificultades graves siempre son de mayor importancia en los puntos en que la Administracion está en contacto mas inmediato con el órden judicial, y con los derechos que se desenvuelven bajo la influencia de las leyes civiles en el sentido estrecho de esta frase. Así sucede respecto á las competencias entre las autoridades administrativas y judiciales, en las autorizaciones para procesar á los agentes de la Administracion por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones, y en las cuestiones contencioso-administrativas. Respecto á estos puntos se suscitan á cada paso cuestiones trascendentales: el derecho escrito, escasísimo de suyo, hace acudir á los principios, y el libro en donde estos se encuentran consignados es principalmente la série de decisiones, autorizaciones y fallos que el Consejo Real en su principio, el Tribunal contencioso-administrativo despues, el Consejo Real por segunda vez y hoy el Consejo de Estado han consultado y consultan al Gobierno contribuyendo eficazmente á regularizar la marcha de la Administracion, á contener á los funcionarios públicos dentro del círculo de sus respectivas atribuciones, á mantener las leyes en observancia, á garantir los derechos civiles, á introducir tradiciones de gobierno y á cortar abusos envejecidos. Mucho se ha hecho en este camino: mas podrá hacerse en adelante: la esperiencia nos enseña ya lo que debe conservarse, lo que necesita reforma, y lo que es conveniente proscribir, para que nuestra Administracion llegue al grado de perfeccion posible; pero los cimientos de la obra se hallan terminados, y ellos son la base del edificio que trabajosamente estamos levantando. Bien merece esta

materia que le consagremos algunos artículos, estimulando á esta clase de estudios á que aun hoy por desgracia se dá entre nosotros una importancia muy inferior á la que en realidad tienen, y la que conviene que tengan para bien del Estado.

**Pedro Gomez de la Serna.**

# ENJUICIAMIENTO CIVIL.

### CONSULTA.

*Cuando el demandado residiere en pueblo distinto al del juez de paz que le emplace, ¿deberá estenderse en papel sellado el oficio que se dirija al del punto en que aquel se halle para que la cita tenga efecto?*

Cuestion ha sido esta de dos jueces de paz, sosteniendo el uno la afirmativa y la negativa el otro. Ambos citaron los arts. 208 y 1169 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y últimamente el del lugar en que se hallaba el demandado, se decidió á estender la diligencia de la entrega de la copia y la citacion; pero consignando que lo hacia sin perjuicio de reintegro.

El que suscribe fué consultado sobre este asunto, y contestó que el oficio debia estenderse en papel comun, ó no sellado, por ser muy claro el espíritu de los artículos citados; pues segun el primero, la comunicacion no es mas que un equivalente á la papeleta que se entrega al que reside en el mismo pueblo del juez ante quien se cita, y el conducto legal para que se haga y surta efecto; y segun el otro, es el mismo conducto y para el otro fin, sin mas diferencia que en esta se debe acompañar copia de la papeleta para que su entrega y la citacion se acrediten en la diligencia que se debe poner á seguida de dicha comunicacion ú oficio; de manera que ya se refiera la cita á los actos de paz, ó ya á los juicios verbales, es idéntico el objeto, y en ninguno de los dos casos debe exigirse papel de distinta clase á la de aquel en que la ley permite presentar lo que propiamente llama papeleta, para que no se confunda con la demanda, ni se interprete de un modo contrario á lo que se ordena con respecto á los juzgados de paz. Además apoyé mi opinion en que estas diligencias son esclusivamente preparatorias de juicios y actos en los cuales no hay práctica ni ley que obligue al uso del

papel sellado, hasta que se dá principio al acto ó al juicio escribiendo y autorizando la correspondiente acta.

No bastó lo espuesto; y como el que opina de distinto modo tiene derecho á que su opinion sea respetada, deseo que VV. se sirvan dar ó aumentar las razones que no están á mi alcance, para convencer al que se funde mal.—PASCUAL FRAXNO.

*Contestacion.*

Estamos de acuerdo con la opinion del ilustrado consultante; pero debemos decir tambien, con la franqueza que nos caracteriza, que el Sr. Fraxno, al tratar la cuestion que propone, ha dado por resuelta otra duda que, en nuestro concepto, está sin decidir, porque la ley de Enjuiciamiento civil guarda silencio acerca de ella, y no existe tampoco otra disposicion que trate sobre este punto.

La consulta, de cuya contestacion nos hemos encargado, versa sobre si debe estenderse en papel sellado ó en papel comun el oficio que un juez de paz dirige á otro juez para citar á un demandado á celebrar acto de conciliacion ó juicio verbal; y al manifestar el consultante su opinion, resuelve la cuestion por analogía, diciendo que no debe exigirse para dicho oficio papel de distinta clase que el que la ley permite usar en las papeletas de citacion, que es el papel comun. En este punto no convenimos: la ley no autoriza en ninguna de sus disposiciones el uso del papel comun; y aunque quiera suponerse, por su silencio mismo, que lo permite en algun caso, no es esto una cuestion resuelta que pueda servir de precedente para decidir otra por analogía. Con esta observacion, que nos hemos permitido hacer, contestarémos, empezando por hablar de las papeletas de citacion, que es, como se dice, un punto análogo al que se pregunta.

Al establecer la ley de Enjuiciamiento civil los trámites que deben observarse en la celebracion de los actos de conciliacion y de los juicios verbales, nada ha prescrito respecto del papel en que han de escribirse sus actuaciones, como tampoco lo ha hecho al tratar de los demás juicios. Pero no ha olvidado esta necesidad ni ha dejado de satisfacerla por medio de una disposicion general que los comprende á todos. Nos referimos al art. 7.°, en el cual se dispone: que «todas las actuaciones judiciales deben escribirse en el papel sellado que *prevengan* las leyes y reglamentos.» Ni era necesario hacer mas; la ley ha tenido presente que el uso del papel sellado estaba ya arreglado por medio de otras disposiciones recientes; y

aceptando este arreglo, lo ha recomendado con una prescripcion tan lacónica como la que acabamos de trascribir, sin perjuicio de las reformas que acaso convenga hacer en lo sucesivo, cuya prevision se deja comprender en la palabra que hemos subrayado. Segun esto, para saber en qué clase de papel deben escribirse las diferentes actuaciones de los juicios, es preciso acudir al Real decreto de 8 de agosto é Instruccion de 1.° de octubre de 1851, que, con otras disposiciones posteriores, forman la legislacion que hoy rige sobre esta materia.

Mas desde luego se nota que ninguna de estas disposiciones señala la clase de papel que debe usarse en las papeletas que se presentan en los juzgados de paz, con el objeto de que se cite á un demandado para celebrar un acto de conciliacion ó un juicio verbal; y la razon de ello es, que cuando se publicó el decreto citado, no se conocian todavía las papeletas de que hablamos, ó á lo menos, no estaban establecidas como parte de los procedimientos civiles. En este estado, en el silencio de la ley y de las prescripciones anteriores, cuya observancia previene, ha venido la jurisprudencia á llenar el vacío resolviendo que dichas papeletas se escriban en papel comun, y tambien la providencia en que se manda la citacion, y la notificacion que de ella se hace al demandado, puesto que, segun la ley, han de estenderse en la misma papeleta.

Y esta práctica, generalmente admitida, tiene su razon en la ley misma, cuyo espíritu, relativamente á esta clase de negocios, es bien conocido. Queriendo conservar la institucion de los actos que antes se llamaron juicios de conciliacion, y teniendo necesidad de los juicios verbales, la ley ha fijado sus trámites, pero tan sencillos como correspondia á su índole, y con tanta economía como exigia la escasa importancia de su objeto y la pequeña trascendencia que de ellos puede esperarse. Parece, pues, conforme con este espíritu de la ley, que las diligencias preparatorias para la celebracion de los actos y juicios de que tratamos, se practiquen con el menor coste posible, escribiéndose en papel comun, toda vez que no lo prohibe la legislacion que rige en la materia. Además, ya hemos dicho que las papeletas de citacion son diligencias preparatorias; ellas tienen por objeto facilitar el juicio, disponer las cosas para que tenga efecto su celebracion; mas en rigor, no son actuaciones del juicio. Será conveniente, necesario, que conste la citacion del demandado; pero el juicio no empieza hasta que el actor entabla su

demanda de palabra en presencia del juez, y entonces es cuando el negocio principia á tener importancia, y cuando propiamente se practican actuaciones judiciales.

Por estas razones, opinamos que las papeletas y demás diligencias preliminares para celebrar actos de conciliacion y juicios verbales deben escribirse en papel comun. Vengamos ahora á la consulta, concreta al oficio que un juez dirige á otro para la citacion.

Cuando el demandado se encuentra en pueblo distinto del de la residencia del Juzgado que ha de conocer del acto de conciliacion ó del juicio, se dirige un oficio al juez de paz de su residencia para que disponga su citacion, segun lo prescribe la ley an los arts. 208 y 1169. En el primer caso, esto es, cuando se trata de un acto de conciliacion, debe insertarse en el oficio el contenido de la papeleta que presentó el demandante, para hacerla saber al demandado; y en el segundo, ó sea, cuando se haya de celebrar juicio verbal, debe acompañarse la copia de dicha papeleta, para su entrega. En uno y otro, el oficio de que hablamos no es mas que un medio para facilitar la notificacion que se hace al demandado cuando reside en el lugar del juicio; y si esta diligencia debe escribirse en papel comun á continuacion de la papeleta, como ya hemos dicho y como se practica, lo mismo corresponde hacer respecto del oficio por razon de analogía. De este modo se cumple el doble objeto de la ley conciliando las formalidades con la economía.

**Hermenegildo María Ruiz.**

## DE LOS CONTADORES PARA LAS PARTICIONES.

### CONSULTA.

*La disposicion legal que obligaba á los vecinos de Madrid á nombrar contadores letrados para todas las particiones ¿está derogada por el art. 468 de la ley de Enjuiciamiento civil?*

*La derogacion general del artículo 1415 de dicha ley ¿se considera bastante para anular una disposicion especial como la citada?*

### DICTÁMEN.

No nos parece dudoso que el auto del Consejo de Castilla de 11 de abril de 1768 que ordenó que en Madrid los abogados solamente

pudieran hacer las particiones, está derogado por la ley de Enjuiciamiento civil. El art. 1415 declara derogadas todas las leyes, Reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se hubieran dictado reglas para el enjuiciamiento civil, y el auto citado del Consejo no puede considerarse mas que como una disposicion local, un fuero municipal de Madrid. Procuró la ley de Enjuiciamiento civil uniformar todas las disposiciones relativas á los procedimientos, y ante su nivel desaparecieron todos los privilegios de localidad: lo que rige hoy por regla general, es estensivo á todos los pueblos de la Monarquía sin escepcion.

Y esto tiene aun mayor fuerza en el caso actual, si se atiende á que el auto acordado de 1768 no fué siempre limitado á Madrid sino estensivo á todo el Reino, como se demuestra con la ley 9.ª del título XXI, lib. X de la Nov. Recop. Al formarse la ley de Enjuiciamiento civil en que tuvieron parte tan principal algunos abogados del Ilustre Colegio de la corte, no podia pasar desapercibido lo que estaba en observancia, lo que todos los dias se veía y practicaba, y sin embargo se propuso que el nombramiento de contadores pudiera recaer en cualquiera persona de la confianza de los que la eligieran, y solo se exigió la circunstancia de letrados en los contadores que se nombraran para dirimir las discordias entre los elegidos por los interesados. Por hacer esta diferencia hubo el motivo de que la confianza de las partes es suficiente garantía de acierto mientras no se suscitan dificultades y desavenencias, porque no es de creer que se busque al imperito: pero cuando hay divergencia de opiniones en un punto para que con mayor ó menor estension se necesitan conocimientos jurídicos, la prudencia y la conveniencia de los interesados reclaman que se busque á quien por su profesion tenga la capacidad necesaria para resolver la discordia.

**Los Directores de la Revista.**

# ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

## CONSULTA.

*Supuestos los daños causados por distraccion de aguas verificada en lugar distinto al en que los daños han resultado, ¿qué juez será el competente para conocer del delito, el del lugar de la distraccion, ó el del lugar del daño?*

Ciertamente que no carece de interés la cuestion, y mas para nosotros que, estando siempre de parte de la jurisdiccion del lugar de la distraccion, hemos visto recientemente decidida la competencia á favor del juez del lugar en donde los daños resultaron.

Varias son las opiniones en este punto, que cada cual sostiene con convicciones al parecer profundas.

El principal argumento en que descansa la opinion de los que se pronuncian abiertamente en favor del juez del lugar en donde los daños aparecen, se reduce á que mientras los daños no son resultantes, el delito no se determina, creyendo aun que el mismo literal contesto del art. 489 del Código penal resuelve de su parte la cuestion, al colocar los daños al lado de la distraccion de las aguas.

Vamos á ver si, como creemos, y en oposicion á aquellos que ven de su parte á la ley para resolver la competencia objeto de la presente consulta en favor de la jurisdiccion del lugar del daño, esa misma ley se pronuncia abierta y derechamente por el lugar en donde la distraccion se verificó.

No es solamente el art. 489 el que vamos á llamar en nuestro apoyo. Hemos de tomar las cosas desde muy atrás para concretar nuestros raciocinios. Retrocedemos al art. 1.° del Código penal para recordar y tener siempre presente que todo delito consiste necesariamente en una accion ó en una omision. Para que haya responsabilidad es de todo punto preciso que se ejecute un hecho que la ley prohibe determinada y préviamente á su ejecucion, ó que se omita hacer aquello que con igual puntualidad y antelacion tiene dispuesto que se haga. Sin una de esas dos circunstancias el delito no puede proclamarse; y nunca jamás fuera de ellas. Tenemos esto por una evidencia, y la evidencia no necesita demostracion.

Lo que cumple despues de ese antecedente, es hacer la debida aplicacion relativamente al art. 489, de donde sacan su principal argumento nuestros antagonistas en la cuestion que nos ocupa. Para ellos, nada es y nada significa la material y simple distraccion de las aguas: en concepto suyo, todo se resuelve por el daño. Para nosotros, la distraccion es realmente un hecho, y no como quiera, sino principal, base y orígen de todo, del cual depende todo como el accidente de la esencia, lo accesorio de lo principal, la consecuencia de su principio. Y con efecto, lo que realmente determina la intencion del agente es la material distraccion de las aguas: la ejecucion propiamente dicha está en la misma distraccion: los daños son, y no mas, una consecuencia de la accion de distraer; y en esa misma accion, es donde vemos la responsabilidad del que con ella ha inferido un daño cualquiera de aquellos que suben á la esfera de delitos por su cuantía. Los daños, rigorosamente hablando, y en el lenguaje de la ley, no son ejecutados de

una manera derecha; y por esto concretamos la accion punible á la material distraccion.

Y cuando, bajo otro concepto, el hecho de distraer es un hecho real, positivo, concreto, exacto y determinado, no hallamos motivo para que el conocimiento de la causa salga del lugar en donde la distraccion se verificó, para ir á buscar el lugar del daño, que es la consecuencia de la accion misma de distraer. Pero la distraccion nada es, se repite hasta la sociedad; y nosotros replicamos que tampoco es nada, siguiendo esas doctrinas, el arma con que se ejecutó un homicidio, y sin embargo, todos los criminalistas están conformes en atribuir fuero al lugar del disparo á una con el lugar del homicidio, cuando este viene á resultar en territorio de diversa jurisdiccion de la de aquel lugar.

Pero vamos al análisis del precepto legal dentro del cual á nuestro juicio, se halla resuelta la cuestion. El art. 489 del Código penal ha venido á equiparar y confundir en uno los dos casos del aprovechamiento y de la simple distraccion de las aguas. No hay mas que pasar la vista por su testo literal y nos convencerémos de esa identidad: *El que aprovechando aguas de otro ó distrayéndolas de su curso causare daño*, etc. Luego si es igual la responsabilidad de la simple distraccion que la del aprovechamiento de las aguas, y en el caso último, el delito se ha cometido por completo en el lugar del aprovechamiento, porque allí se ha verificado la utilizacion del objeto por la cual ha provenido el daño, viénese á parar naturalmente en la identidad del caso de la distraccion con el del aprovechamiento y en la necesidad indeclinable, por lo tanto, de que el procedimiento se instruya allí donde la distraccion se verificó.

No dejan de fijarse tambien los sostenedores de la competencia del lugar del daño en el caso particular de ser varios los autores de la distraccion y de jurisdicciones distintas. Pero sobre que este caso no parece que debe ser frecuente, en todo evento un caso particular no puede entrar por mucho en la adopcion de principios, y por lo espuesto resultan en favor del lugar del daño así los preceptos de la ley penal, como los pricipios mas triviales de la ciencia jurídica, y aun las doctrinas de los publicistas. Persistimos, pues, en creer como única jurisdiccion competente, en el caso consultado, la del lugar en donde se distrageron las aguas, sin perjuicio de la prevencion que alguna vez puede existir á virtud de la complicacion de los hechos. —MANUEL BRUALLA.

## *Contestacion.*

Al emitir nuestra opinion sobre el punto que se consulta, debemos suponer que se trata del caso en que se cause un daño que esceda de 25 duros, cuyo hecho se reputa como delito en el Código penal; así lo indican las palabras *juez* y *delito* que usa repetidamente el consultante. En otro caso, el hecho constituiría una falta, y conocería de ella un Alcalde en juicio verbal, al tenor de lo dispuesto en la regla primera de la ley provisional para la ejecucion del Código. Debe entenderse, sin embargo, que cuanto se diga respecto del primer caso, tiene aplicacion al segundo, porque uno y otro son materia del procedimiento criminal.

Mas antes de presentarse esta cuestion, no hubiéramos creido que podia sériamente dudarse si el castigo de un usurpador de aguas competia al juez del lugar donde se cometió la usurpacion, ó al del en que se sintió el daño, efecto de ella; porque las leyes, de acuerdo con la razon, tienen establecido

el fuero que debe seguirse, con disposiciones tan claras y terminantes que no permiten interpretacion.

Para evitar los conflictos á que podria dar lugar el celo de los jueces en la persecucion y castigo de los delitos, era preciso fijar la competencia, esto es, determinar cuál de ellos debia prevenir el juicio, averiguar el hecho, y aplicar al culpable la pena establecida por la ley. Este es uno de los puntos principales en la administracion de justicia, porque de otro modo, seria posible que sobre un mismo delito y contra un mismo delincuente, se instruyeran simultáneamente dos ó mas procesos, y se pronunciaran tal vez otras tantas sentencias, ó á lo menos, se suscitaran graves dificultades sobre cuál de aquellos habia de atraer á los demás. Era, pues, una necesidad, y una necesidad de primer órden, terminar las atribuciones de los funcionarios del poder judicial, fijando reglas para que cada uno obrase independientemente.

Con este objeto, y estableciendo estas reglas, las leyes han prescrito que sea juez competente en primer lugar para conocer de un delito y castigarlo el del distrito ó partido á que pertenezca el pueblo donde se haya cometido; de modo que si otro juez previniera el juicio, instruyendo las primeras diligencias del proceso, deberia inhibirse de su conocimiento, y remitirlas con el procesado al de aquel pueblo. Entre varias disposiciones que pudiéramos citar, recordamos la ley 15, tít. 1.° de la Partida 7.ª, que dice así: «Por todo yerro, ó mal fecho, que algund ome faga, deue ser apremiado por el Judgador *del logar do lo fizo*, que cumpla de derecho á los que lo acusan dello, maguer sea el malfechor de otra tierra»; y confirmando esta disposicion la ley 3.ª, título 15 de la misma Partida, dice, hablando de daños: «E la demanda del daño, dezimos, que deue ser fecha ante el Judgador *del logar do fué fecho.*» Está, por lo tanto, fuera de duda que en el lugar donde se comete un delito, debe ser juzgado y castigado su autor. Así lo ha resuelto además el Tribunal Supremo de Justicia que, decidiendo una competencia, calificó de indisimulable el error cometido en este punto, y dijo en sentencia de 31 de octubre de 1837, «que, por regla general, el conocimiento de los delitos, corresponde de pleno derecho, y con preferencia al juez del territorio en que se cometen.»

Y aunque nos bastaría alegar como fundamento de nuestra opinion las disposiciones legales, queremos tambien examinar los fundamentos de estas mismas leyes, ó sea tratar de la filosofía de sus disposiciones.

La designacion del lugar donde se han de sustanciar las causas criminales no debia ni podia ser arbitraria, sino que, para hacerla era necesario consultar la conveniencia pública, prefiriendo aquel que fuera el mas á propósito para conseguir los dos fines principales de la penalidad, á saber: la espiacion y la intimidacion.

El hombre que comete un delito, causa un mal, y su conducta, le hace merecedor de sufrir otro mal que la ley tiene establecido de antemano; este padecimiento del delincuente es la espiacion, primer fin de la penalidad, y este fin se consigue en el punto en que se ejecuta el hecho criminal con mayor facilidad que en otro alguno. Donde se comete el delito quedan por lo comun vestigios de él que pueden utilizarse con buenos resultados: un homicidio, un robo, un daño, dejan señales de su perpetracion que contribuyen á la calificacion del hecho y al conocimiento de sus circunstancias, datos esenciales para la conveniente graduacion de la pena. En ese mismo lugar puede descubrirse al culpable, porque allí se encuentran los testigos que acaso presenciaran la ejecucion del delito y que pueden suministrar al Juez noticias acerca de su autor.

El segundo fin de la penalidad es la intimidacion, esto es, la prevencion

ó aviso que se hace á quien no ha cometido delito para que se abstenga de cometerlo. La ley, en su justicia, se propone hacer sentir al delincuente la pena á que se ha hecho acreedor; pero, en su prevision, tiene además otro objeto; se propone intimidar para que no se repita por otros el delito, lo cual consigue con el terror saludable que infunde la ejecucion del castigo. Pues bien; en ningun punto es, ni puede ser, mas fecundo ese terror que en el lugar mismo en que se cometió el delito. Allí donde se produjo el escándalo con la infraccion de la ley, debe tener lugar la reparacion con la aplicacion de la pena. De este modo se imprime la idea de la justicia con toda su severidad, y se ofrece la ocasion de comparar la satisfaccion que proporciona el delito con el sufrimiento que viene detrás de él.

En estos principios, no solamente convendrá con nosotros el autor de la consulta, sino que tambien deben convenir los que resuelven la cuestion en otro sentido; pero á pesar de ello, opinan de distinto modo en el caso que se propone, y es que concurre en él algo especial que debe examinarse.

Supuesta la competencia legítima del juez del lugar donde se comete un delito para conocer de él y castigar á su autor, se duda, tratándose de un daño causado por usurpacion de aguas, si el lugar del delito es aquel en que se ejecutó la usurpacion ó el en que se sintió el daño; es decir, si debe entenderse que el delito se cometió donde se distrajo el curso de las aguas, ó donde se perjudicaron los intereses de su dueño. A este punto viene á quedar reducida la cuestion, que vamos á resolver con una sencilla reflexion.

El delito consiste en un acto voluntario del delincuente por el cual practica un hecho que la ley prohibe. Esta es la definicion que hace del delito el Código penal, y así lo comprende perfectamente nuestra razon. El hecho intencional que quebranta un precepto de la ley es el delito. Luego el lugar donde este hecho se ejecute será, propiamente hablando, el lugar del delito. Nada importa que sus efectos se sientan en otro punto distinto, porque cuando esto sucede, el delito estaba ya cometido. Esto mismo diríamos si se ejecutára un envenenamiento de las aguas de una fuente en el lugar de su nacimiento, y aquel hecho produjera víctimas en un punto distante donde se bebiesen las aguas envenenadas. El delito consistiria indudablemente en la accion de echar en la fuente la sustancia venenosa con la intencion de dañar; por este hecho quedaría el delito consumado, y los resultados no serian mas que un efecto del delito ya existente. ¿Cuál sería entonces el Juez competente para castigar á su autor? Ciertamente, el del partido á que perteneciese el lugar donde se hizo uso del veneno, que es donde obró el delincuente, sin que obstase la circunstancia de haberse sentido el daño en otro distinto.

Es, pues, indudable para nosotros que el que, aprovechando aguas de otro, ó distrayéndolas de su curso, causare un daño, debe ser juzgado por el juez del lugar donde ejecutó la usurpacion ó distraccion, con preferencia á cualquier otro.

**Hermenegildo María Ruiz.**

## SECCION DOCTRINAL.

# LA IGLESIA Y EL ESTADO

ó

# EL GOBIERNO Y EL PAPA.

**Observaciones sobre el convenio celebrado con la Santa Sede.**

Sin pretension alguna de dar consejo al partido progresista ni al moderado, habia pensado muchas veces escribir alguna cosa sobre la desamortizacion de los bienes eclesiásticos; pero me retraje de hacerlo al ver por una parte que se habian ocupado de esta difícil é importante materia publicistas de primer órden, así políticos como canonistas, y por otra mis muchas ocupaciones, que apenas me dejan el tiempo necesario para descansar.

No pretendo sostener la inmunidad de los bienes de la Iglesia, apoyado en el anatema que se fulminó en el famoso Concilio de Trento y en los sagrados cánones contra los que los espilan ó se apoderan de ellos, ni tampoco las ideas avanzadas de los que sostienen que el Estado puede aplicarlos á sus necesidades.

Mucho habria que decir en pró y en contra de estas ideas, si bien en último resultado la opinion mas favorable seria la de la inmunidad de estos bienes, apoyada no solo en las leyes canónicas, sí que tambien en las de la Novísima Recopilacion y en las de las Córtes de España, que nos presentan pocos ejemplos de haber dispuesto la potestad civil de los bienes de la Iglesia sin la autorizacion del jefe de la misma; y aun en los pocos casos en que esto se ha hecho, ha tenido que recurrirse á la Santa Sede para la espedicion de un Breve, ó para la celebracion de un Concordato para legitimar las enajenaciones.

Los grandes regalistas, como Campomanes, Macanaz, Jovellanos y hasta el mismo Consejo de Castilla, tan ilustrado como celoso de los derechos de la nacion, no han proclamado jamás en ninguna de sus obras ni en sus escritos, que el poder temporal pudiese dis-

poner por sí solo de aquellos bienes, si bien han declamado fuertemente contra las multiplicadas adquisiones del clero.

El mismo Campomanes en su célebre *Tratado de la Regalía de Amortizacion*, Jovellanos; en su *Informe sobre la ley agraria*, y cuantos han escrito sobre esta importante materia durante el reinado del ilustrado y justiciero D. Cárlos III, precisamente en una época en que descollaron grandes escritores y en que habia toda la libertad para emitir y publicar sus pensamientos por medio de la prensa, no escribieron ni aconsejaron una cosa semejante, al paso que no cesaban de encarecer la necesidad de la desamortizacion civil y eclesiástica, y de poner coto á las adquisiciones de bienes raices por las manos muertas.

El respeto á las citadas leyes, aunque se quisiese prescindir del derecho de propiedad, sagrado é inviolable, que tienen las corporaciones eclesiásticas, lo mismo que los demás particulares, segun las leyes del reino y la Constitucion política de la Monarquía española, se opondrian siempre á la espropiacion forzosa de los tales bienes sin la aprobacion ó consentimiento de la Iglesia, como igualmente se opuso este mismo derecho de propiedad á las ideas y á los proyectos de la Asamblea nacional de Francia del año de 1789, cuando aun no se habia desbordado y conservaba el respeto á la religion.

Se disputó fuertemente sobre la naturaleza de tales bienes; si podian llamarse nacionales; si los monasterios obtenian una verdadera propiedad, y si esta, estinguidos los monasterios, pasaba á la nacion. Muchos desecharon el pensamiento de propiedad; y en medio de la diversidad de pareceres, por fin se adoptó la proposicion de Mr. Arche, declarando la Asamblea en 2 de noviembre de dicho año, *que estaban á disposicion de la nacion*.

El reinado del virtuoso D. Cárlos III, nos presenta tambien un ejemplo de haber ocupado los bienes de los regulares de la Compañía sin la aprobacion de la Santa Sede. Solo años despues de la espulsion de los jesuitas y de la ocupacion de sus bienes el Papa Clemente XIV espidió su breve.

Sin embargo de que no tenga límites la consideracion y el respeto con que la España venera á la cabeza visible de la Iglesia, fueron muy terminantes las contestaciones que el Gobierno tuvo con Roma. La última fué la que dió en 1767 el señor D. Cárlos III con motivo de otra que le habia dirigido el Papa Ganganeli cuando le notició la espulsion de los jesuitas. S. S. le hizo varias reflexiones,

y aquel rey sumamente piadoso y detenido en estos pasos, pasó aquella carta al Consejo pleno, consultándole la respuesta que debia dar, y la contestacion fué, que la carta se la habia enviado *para su noticia, no para su aprobacion.*

En todas las naciones católicas y en todas épocas ha habido cuestiones sobre los casos en que la potestad civil puede echar mano de los bienes eclesiásticos: las obras publicadas sobre esta materia por los Covarrubias, Campomanes, Molinos, Macanaz y otros españoles de una parte, y por otra las de los Mamachis, Tosarelis, Zacarías Chumaceros y otros italianos son harto comunes y conocidas de todos. Por esto me bastará decir solamente que en todas las disputas sobre materias mistas sobran hechos en la historia en que apoyarse, segun las grandes vicisitudes y variedad de los gobiernos en el trascurso de los siglos, logrando el ascendiente, ora la potestad eclesiástica, ora la civil; pero que tambien sobran las pasiones, las que no dejan ver la verdad como es en sí, pues reinando estas no permiten obrar á la razon, como decia San Ambrosio: *non videt oculus, sed affectus.*

Repito, pues, que no es mi ánimo tratar esta cuestion bajo el aspecto canónico ó eclesiástico, sino el político y económico, ó mas bien demostrar las ventajas ó desventajas que ha reportado la nacion del convenio que acaba de celebrar con la Santa Sede.

Este convenio, á mi modo de ver, es muy favorable á los derechos é intereses de la Iglesia y muy perjudicial á las regalías é intereses de la nacion española.

Pero antes de engolfarme en esta discusion debo protestar una y mil veces, que este escrito no tiene por objeto hacer la oposicion al Gobierno.

Ningun español puede crear obstáculos y dificultades al Ministerio que tan dignamente preside el Conde de Lucena, que no ha hecho un solo confinamiento, que ha levantado los estados de sitio en toda la Monarquía, que en medio de la guerra que nos aquejaba ha sabido reusar con el orgullo y la dignidad española, el plazo con que nos brindaba la Gran Bretaña para el pago de una suma cuantiosa que ha venido á exigirnos en tan difíciles como apremiantes circunstancias.

¿Cómo habia de contrariar la marcha de un Gobierno, que es el único, que en estos últimos tiempos ha sabido gobernar sin terror ni aparato de fuerza, y solo con el prestigio que le han dado su nom-

bre, su moralidad y el respeto á las leyes y á la Constitucion de la Monarquía?.....

Queda pues, consignado, que este escrito no es de oposicion, y sí solo el pensamiento, la espresion del jurisconsulto, que haciendo abstraccion de partidos y de ideas políticas, sola desea la felicidad de su pátria.

Para convencerse de las ventajas que lleva la Iglesia sobre el Estado con dicho convenio, por lo que respecta á los bienes que ofrece cederle, bastará hacer un análisis de sus principales artículos y de los derechos, seguridades y garantías que por esta cesion se conceden á la Iglesia.

Por el primero de los artículos del citado convenio, el Gobierno de S. M. C., deseando asegurar á la Iglesia *perpétuamente la pacífica posesion de sus bienes y derechos*, y prevenir todo motivo de que sea violado el solemne Concordato de 16 de marzo de 1851, promete á la Santa Sede que en adelante no se hará ninguna venta, conmutacion, ni otra especie de enajenacion de dichos bienes sin la necesaria autorizacion de la misma Santa Sede.

Por este artículo se devuelven sus bienes á la Iglesia, se ratifica lo solemnemente estipulado en el Concordato, y en su consecuencia queda derogada la ley de 1.° de mayo de 1855, en cuanto ordena la venta de dichos bienes, y demás disposiciones que se han publicado para llevarla á cabo.

En este artículo, con el que, no solo se devuelven á la Iglesia todos sus bienes, sino que se le dá la mas absoluta seguridad de que no volverá la nacion jamás á disponer de ellos por ningun título, sin la necesaria autorizacion de la Santa Sede, se echa de menos la aprobacion ó asentimiento espreso del jefe de la Iglesia á las enajenaciones que hasta el dia se han hecho de parte de estos bienes con arreglo á la citada ley. Este era sin duda el lugar mas oportuno para hacer esta declaracion.

Por el artículo 2.° manifiestan las altas partes contratantes sus deseos de llevar definitivamente á efecto de un modo seguro, estable é independiente el plan de dotacion del culto y clero prescrito por el mismo Concordato.

Nada mas justo, nada mas conforme á las leyes del reino, á la Constitucion política de la Monarquía y á las buenas máximas de la religion cristiana, porque justo y muy justo es, que una nacion católica dote competentemente á sus fieles servidores, á los mi-

nistros del altar de un modo decoroso, estable y conveniente.

La nacion y el clero ganan sin duda en que esta dotacion consista en una renta líquida y permanente no dimanada de bienes raices. El clero se evita de esta suerte los gastos y dispendios que lleva consigo una vasta y complicada administracion; las malas cosechas, que se suceden con harta frecuencia, y la odiosidad que en ciertos casos y con cierta clase de deudores es inherente, por tener que apremiarles al pago de las rentas; y sobre todo ese vaiven contínuo de ser desposeido de sus bienes raices, porque, como dice el célebre Montesquieu, el clero ha adquirido siempre, ha restituido siempre, y adquirirá siempre.

En los primeros siglos de la Iglesia, los bienes dados á la misma se vendian para cubrir las necesidades de sus ministros y de los pobres. Este medio era el mas conforme á la perfeccion evangélica, que para seguir á Cristo en la vida comun manda vender los bienes y dar de limosna su importe á los pobres. San Pablo estima por opuesta á ella distraerse en el cuidado de bienes y negocios temporales (1). Por esto se establecieron los Diáconos y despues los Ecónomos, para evitar que los sacerdotes se mezclasen en tales administraciones temporales.

«Art. 3.° Primeramente el Gobierno de S. M. reconoce de nuevo formalmente el libre y pleno derecho de la Iglesia para adquirir, retener y usufructuar en propiedad y *sin limitacion ni reserva* toda especie de bienes y valores; quedando en consecuencia derogada por este Convenio cualquiera disposicion que le sea contraria, y señaladamente y en cuanto se le oponga la ley de 1.° de mayo de 1855.»

«Los bienes que en virtud de este derecho adquiera y posea en adelante la Iglesia no se computarán en la dotacion que le está asignada por el Concordato.»

Si por el art. 2.° se reconoce la necesidad de dotar al clero de un modo seguro, estable é independiente; si esta dotacion ya le ha sido asignada por el Concordato, y si por el art. 4.° se admite el principio de la dificultad de administrar sus bienes, lo que necesariamente ha de distraerle de las funciones de su sagrado ministerio, y ha de producir todos los males que se han enumerado, ¿por qué concederle de nuevo con este convenio la facultad de adquirir, re-

(1) S. Pablo, *epist. á Timot.*

tener y usufructuar en propiedad y sin limitacion ni reserva, toda specie de bienes? ¿Por qué sus productos y rentas no se han de computar en la dotacion que le está asignada por el Concordato? No lo comprendemos; pues para nosotros es un contrasentido el que se reconozca la necesidad de dotar al clero con una renta fija y permanente, que se admita la conveniencia de conmutar sus bienes por esta misma renta, por los inconvenientes que lleva consigo la administracion, y que á renglon seguido se le autorice para adquirir de un modo ilimitado toda clase de bienes, con derogacion de cuantas disposiciones se opongan á esta omnímoda facultad. Y es inconcebible, por demás, que despues de estar dotado el clero competentemente por el Concordato, despues de pagar la nacion, como es justo, su manutencion en el modo y forma que ha sido fijada por el mismo Concordato, y en una palabra, despues de tener el clero todo cuanto se ha conceptuado necesario para su decorosa, estable y permanente subsistencia, se le conceda la facultad de adquirir ilimitadamente y sin que las rentas de sus adquisiciones deban imputarse á cuenta de su dotacion.

Este artículo es altamente favorable á los intereses de la Iglesia y muy depresivo de los derechos, de las regalías y de los intereses de la nacion. Para demostrarlo bastará dar una rápida ojeada por la historia y la legislacion antigua.

Siempre ha sido disputada al clero la facultad de adquirir, y generalmente se han considerado perjudiciales sus adquisiciones de bienes raices á los intereses de la nacion. Los Emperadores romanos concedieron á las Iglesias licencia de adquirir lo que les dejasen por testamento (1).

Las leyes civiles hacen mencion de los abusos de algunos eclesiásticos y monjes para captarse con sugestiones las herencias de las viudas y pupilos en los testamentos (2). Se calificaba con el dictado de heredipetas ó corredores de herencias, á los que abusaban de la piedad de las viudas y otras personas devotas. De aquí dimanó el revocar á los eclesiásticos y monges, y despues á la Iglesia la capacidad de adquirir. No fueron los Emperadores paganos é impíos los que promulgaron tales leyes, sino religiosísimos y católicos.

No se ofreció jamás poner en duda la potestad imperial para es-

(1) Leg. 1, Cód. *de Sacros. Eccl.*
(2) Leg. 20, 22 et 27, Cod. Theodos. *de Ep. et Cler.*

tablecer esta ley á los Santos Padres que dan noticia de ella (1), porque sabian muy bien, que la facultad de adquirir era un privilegio civil ó temporal concedido á las Iglesias por mera liberalidad de los emperadores, y que en su mano estaba continuarle, moderarle, ó suprimirle, cuando de su ejecucion total ó parcial resultase daño á la República ó al Imperio.

Valentiniano, Teodosio y Arcadio revocaron la anterior prohibicion en beneficio ó gratificacion de las Iglesias (2). El mismo San Geronimo distó tanto de creer que esta revocacion fuese medio de hacer beneficio considerable á la Iglesia, que antes se persuade, que fué nociva la restitucion del privilegio de adquirir en sus efectos (3).

Mas en el dia, que ha sido dotado el culto y clero por el Concordato de un modo decoroso y permanente, las adquisiciones no eran necesarias á la Iglesia, ó cuando menos debia habérsele otorgado esta facultad ó privilegio con ciertas restricciones, imputándose siempre la renta proveniente de dichos bienes á cuenta de su dotacion y durante el beneplácito del Gobierno de S. M.

Para que se vean cuales han sido las tendencias del clero en todas épocas sobre esta importante materia y hasta donde llegó la energía del gran Rey D Cárlos III para refrenar sus omnímodas adquisiciones, copiarémos aquí algunos fragmentos de la famosa Real cédula que dió en San Ildefonso en 18 de agosto de 1771.

«La ambicion humana (dice) ha llegado á corromper aun lo mas sagrado, pues muchos confesores olvidados de su conciencia, con varias sugestiones inducen á los penitentes, y lo que es mas á los que están en el artículo de la muerte, á que les dejen sus herencias con título de fideicomiso, ó con el de distribuirlas en obras pías, ó aplicarlas á las Iglesias y conventos de su instituto, fundar capellanías y otras disposiciones piadosas; de donde proviene que los legítimos herederos, la jurisdiccion real y derechos de la Real Hacienda quedan defraudados, las conciencias de los que esto aconsejan y ejecutan bastantemente enredadas, y sobre todo el daño es gravísi-

(1) D. Hieron. *in Epist. ad Nepotianum.* D. Ambros. *in Epist.* 31. Nobis etiam private succesionis emolumenta recentibus legibus denegantur, et nemo conqueritur.

(2) Leg. 28, Cod. Theodos. *eod. tit.* Leg. únic. Cod. *de Test Clericor.*

(3) D. Hieronim. *in vit. Malchi*: Sicque Ecclesia potentia quidem, et divitiis major, sed virtutivus minor facta est.

mo y mucho mayor el escándalo... Comprende el Consejo que las mandas que hacen los fieles á sus confesores, parientes, religiosos y conventos en la enfermedad de que mueren, por la mayor parte no son libres ni con las calidades necesarias, antes bien muy violentas y dispuestas con persuaciones y engaños, sin algun consuelo del enfermo que las deja en perjuicio de otros parientes suyos y obras mas pías: y así acordó que no valgan las mandas que fueren hechas en la enfermedad de que uno muere á su confesor, sea clérigo ó religioso, ni á deudo de ellos, ni á su Iglesia ó religion, para escusar los fraudes referidos... Pero habiendo notado el mi Consejo, que en los repetidos espedientes seguidos en él, el olvido y total abandono con que se ha mirado hasta ahora lo dispuesto en este auto acordado, dejando correr muchas disposiciones testamentarias contrarias en un todo á su literal sentido, en grande daño y perjuicio del Estado, de mi Real Hacienda y de los particulares interesados: con el fin de evitarlos en lo sucesivo, me consultó mi Consejo lo preciso y conveniente que era tomar providencia para que esta saludable ley se guardase en los Tribunales; y conformándome con su dictámen, se acordó espedir esta mi Real cédula, por la cual con el fin de evitar descuidos é interpretaciones en la observancia del citado auto acordado, mando á los Tribunales y justicias, que todo lo cumplan segun su literal tenor, arreglándose á él en cualesquiera determinaciones que diesen sobre los casos de que se trata, bajo las penas que contienen; imponiendo como impongo, la de *privacion de oficio* á los escribanos que otorgasen cualesquiera instrumentos en su contravencion, pues desde luego declaro nulos los que se ejecutaren en contrario.»

Hasta aquí la Real cédula. Mas esplícita y conveniente era á los derechos é intereses de la nacion y conforme al espíritu de esta Real cédula el artículo 41 del Concordato de 16 de marzo de 1851, que al conceder á la Iglesia la facultad ó privilegio de adquirir pone la cortapisa ó condicion indispensable, de que sea *por título legítimo*.

Es cierto que toda adquisicion presupone necesariamente esta circunstancia para que sea válida; pero estando ya concedida á la Iglesia esta facultad por el Concordato, ¿cómo se esplica la nueva concesion que se le ha hecho con el artículo 3.° del convenio en que se declara vigente el mismo Concordato? ¿Porqué se ha omitido aquí la espresion ó circunstancia de título legítimo que por el Concordato se juzgó indispensable?

Esto naturalmente revela que puede llevarse otra idea, y que por la generalidad con que se establece en el citado artículo la derogacion de cuantas disposiciones se opongan á la facultad de adquirir, se ponga algun dia en tela de juicio si ha sido tambien derogada la Real cédula que hemos copiado.

Artículo 4.° En virtud del mismo derecho, el Gobierno de S. M. reconoce á la Iglesia como propietaria absoluta de todos y cada uno de los bienes que le fueron devueltos por el Concordato. Pero habida consideracion al Estado de deterioro de la mayor parte de los que aun no han sido enajenados, á su difícil administracion y á los varios, contradictorios é inexactos cómputos de su valor en renta, circunstancias todas que han hecho hasta ahora la dotacion del clero incierta y aun incóngrua, el Gobierno de S. M. ha propuesto á la Santa Sede una permutacion, *dándose á los Obispos la facultad de determinar, de acuerdo con sus cabildos, el precio de los bienes de la Iglesia* situados en sus respectivas diócesis, y ofreciendo aquel, en cambio de todos ellos, y mediante su cesion hecha al Estado, tantas inscripciones intransferibles del papel del 3 por 100 de la deuda pública consolidada de España, cuantas sean necesarias para cubrir el total valor de dichos bienes.»

Es sumamente perjudicial la adquisicion que se propone hacer el Estado de los bienes de la Iglesia, por medio de condiciones tan onerosas y que tanto pueden llegar á perjudicar los intereses de la nacion, que es la que al fin y al cabo tendrá que pagar los intereses de las inscripciones del papel de la deuda pública consolidada, que se entreguen en cambio de dichos bienes.

Es ciertamente inconcebible que para adquirir unos bienes que luego tienen que venderse para sacar de ellos algun lucro, aplicando sus capitales á la estincion de la deuda de España, se esponga el Gobierno de S. M. á tener que pagar mucho mas de lo que pueda sacarse en pública subasta, y á aumentar todavía mucho mas el importe de la deuda que se pretende disminuir.

Mil veces mas preferibles eran las disposiciones de los arts. 35 y 38 del Concordato, por medio de los cuales se obligaba á los Prelados á proceder *inmediatamente y sin demora* á la venta de los espresados bienes, por medio de subastas públicas hechas en la forma canónica, y con la intervencion de persona nombrada por el Gobierno de S. M. El producto de estas ventas debia convertirse en inscripciones intransferibles de la deuda del Estado del 3 por 100

para la dotacion del culto y clero, y en sustitucion de los espresados bienes.

Por medio de la pública subasta en que debian venderse, con la intervencion del Gobierno, tenia este un tipo positivo, una regla cierta é invariable de lo que valian los bienes del clero, y no se esponia á dar inscripciones ó títulos de la deuda por mayor valor del que real y efectivamente recibiere.

No comprendemos, pues, la necesidad de variar las disposiciones de unos artículos tan convenientes á los intereses de las altas partes contratantes, y tan justos y conformes á los principios del derecho, ya que por este medio se precavia todo perjuicio, toda equivocacion, y señaladamente el daño ó la lesion que puede resultar á la nacion de lo dispuesto en el art. 4.° del Convenio, que ha venido á sustituir á los 35 y 38 del Concordato.

No creemos capaces á los RR. Obispos de abusar de la omnímoda facultad que el citado artículo les concede para determinar, de acuerdo con los cabildos, y no con el Gobierno, el precio de los bienes de la Iglesia situados en sus respectivas diócesis; pero es contrario á los principios mas triviales del derecho que el precio de la cosa, objeto de la venta ó de la traslacion de dominio, se deje al arbitrio del vendedor ó poseedor de la misma. El precio debe fijarse de comun acuerdo de ambas partes contratantes, pues es sabido que se perfecciona este contrato desde el momento en que los contrayentes convienen en la cosa que se ha de vender, *su precio* y demás circunstancias, segun la ley 6, tít. 5, Part. 5. Es verdad que puede dejarse al arbitrio de un tercero; pero jamás debe dejarse al del mismo vendedor.

Podrá suceder, y es muy fácil que suceda, que por circunstancias locales ó de mera apreciacion, algunos de los Obispos fijen el precio de los bienes en mucho mas valor del que materialmente tengan, ó del que pueda sacarse en pública subasta. De modo que es muy fácil que haya finca por la que pague el Gobierno medio millon de reales y que solo saque en venta doscientos mil, pues á esto y á mucho mas se espone el que tiene la candidez de dejar al arbitrio del vendedor el fijar el precio de la venta. Esto es demasiado patente, demasiado trascendental para que no se eche de ver que no ha andado muy atinado el representante del Gobierno de S. M. en la redaccion de tal convenio.

«Art. 5.° La Santa Sede, deseosa de que se lleve inmediatamen-

to á efecto una dotacion cierta, segura é independiente para el culto y para el clero; oidos los Obispos de España y reconocida en el caso actual, y en el conjunto de todas las circunstancias, la mayor utilidad de la Iglesia, no ha encontrado dificultad en que dicha permutacion se realice en la forma siguiente.»

Ciertamente que S. S. no habia de hallar inconveniente en que se realizára un cambio de valores tan ventajoso para la Iglesia, puesto que no solo se obliga la nacion española á pagar la dotacion de los ministros y del culto de la misma, de un modo cierto, seguro é independiente; y no solo le concede la cómmoda facultad de adquirir, que es de grande importancia, sin que los bienes que adquiera se imputen á cuenta de esta dotacion, sino que le autoriza para fijar el valor de sus bienes. Sin duda que á este precio serian muchos, y yo el primero, que se prestarian gustosos *á la permutacion* de sus bienes.

El art. 6.° es una reproduccion de lo que se dice en los artículos 31 y 33 del Concordato, con alguna mayor latitud, tal como el poder la Iglesia retener alguna finca, si en alguna Diócesis estimare el Obispo que por particulares circunstancias debe esceptuarse de la permutacion, imputándose el importe de su renta en la dotacion del clero. Este artículo podrá dar lugar á que los bienes esceptuados de la permutacion ó que retenga la Iglesia, sin embargo de ser quizás los mejores ó de mas estima, sean tasados á un bajo precio, ya que se deja esta facultad á la misma Iglesia, y que el importe de su renta ha de imputarse á cuenta de la dotacion del culto y clero.

«Art. 7.° Hecha por los Obispos la estimacion de los bienes sujetos á la permutacion, se entregarán inmediatamente á aquellos, títulos ó inscripciones intrasferibles, asi por el completo valor de los mismos bienes, como por el valor venal de los que han sido enajenados despues del Concordato. *Verificada la entrega*, los Obispos, competentemente autorizados por la Sede Apostólica, harán al Estado formal cesion de todos los bienes que con arreglo á este convenio están sujetos á la permutacion.»

«Las inscripciones se imputarán al Clero como parte integrante de su dotacion, y los respectivos diocesanos aplicarán sus réditos á cubrirla en el modo prescrito en el Concordato.»

Puede considerarse como depresiva de la dignidad de la nacion española la desconfianza que se aparenta en este artículo de no querer entregar los bienes objeto de la llamada permutacion, sino hasta

despues de haber recibido los títulos ó inscripciones de la deuda representativos, no de su valor real y efectivo, sino del que le habrán dado los Obispos.

Con este mismo artículo se obliga tambien el Gobierno de S. M. á entregar á los Obispos los títulos ó inscripciones intrasferibles, que sean necesarios para cubrir el valor venal de los bienes que han sido enajenados despues del Concordato.

Si la Iglesia recibe, como es justo, esta indemnizacion, ¿en qué se la ha perjudicado? ¿Por qué abusar de su posicion hasta el punto de haber exigido condiciones tan duras y onerosas para la cesion de unos bienes, que debia ya haber vendido segun el Concordato, para convertir su capital *inmediatamente y sin demora* en inscripciones intrasferibles de la deuda del Estado del 3 por 100? Ciertamente que S. S. podia haber sido mas indulgente y generoso con una Reina tan piadosa y magnánima como Doña Isabel II, que tantas pruebas le ha dado de su acendrado amor, de su veneracion y respeto. De esa segunda Isabel, que tanto ha mirado por el bien de los españoles, como por la religion y la felicidad de la Iglesia.

Si se habia faltado al Concordato con la venta de algunos de los bienes de la Iglesia, por causas independientes de la voluntad de S. M. C.; subsanada ya esta falta, é indemnizada la Iglesia de la pérdida de estos bienes en la forma prescrita por el citado artículo 7, no parecia regular que el Santo Padre pretendiese todavía mayores indemnizaciones, mayores seguridades y garantías de las que se habian consignado á la Iglesia por el Concordato, hasta el punto de hacer representar á la nacion española un papel poco conveniente.

Sin duda que no habia necesidad de celebrar este Convenio, sino que bastaba que se hubiese indemnizado á la Iglesia de los bienes vendidos despues del Concordato, como se hace por el artículo sétimo, y que se hubiese mandado llevar á su debido efecto lo resuelto y convenido en el mismo Concordato.

«Art. 8.° Atendida la perentoriedad de las necesidades del clero, el Gobierno de S. M. se obliga á pagar mensualmente la renta consolidada correspondiente á cada Diócesis.»

Esta es otra prueba de desconfianza hácia el Gobierno de S. M., puesto que las necesidades del clero no son tales que le obliguen á cobrar mensualmente la renta. Creo que podia haber cobrado muy bien por semestres, y á lo mas por trimestres, sin ningun inconveniente.

«Art. 9.°. En el caso de que por disposicion de la autoridad temporal la renta del 3 por 100 de la deuda pública del Estado llegue á sufrir cualquiera disminucion ó reduccion, el Gobierno de S. M. se obliga desde ahora á dar á la Iglesia tantas inscripciones intrasferibles de la renta que se sustituya á la del 3 por 100, cuantas sean necesarias para cubrir íntegramente el importe anual de la que vá á emitirse en favor de la Iglesia; de modo que esta renta no se ha de disminuir ni reducir en ninguna eventualidad ni en ningun tiempo.»

Esta doble garantía que ha exigido la Santa Sede de que tenga que suplir el Gobierno de S. M. cualquier déficit que esperimentare la espresada renta, hace un vivo contraste con no querer la misma Santa Sede que se imputen á cuenta de la dotacion del culto y clero la renta de las adquisiciones de bienes raices que haga la Iglesia, y que bien pronto serán de mucha consideracion. Si hay justicia para una cosa, tambien debiera haberla para la otra. La condicion de las partes contratantes debe ser igual, y la una no debe abusar de su posicion en perjuicio de la otra.

«Art. 10. Los bienes pertenecientes á capellanías colativas y á otras semejantes fundaciones piadosas familiares, que á cuausa de su peculiar índole y destino, y de los diferentes derechos que en ellos radican, no pueden comprenderse en la permutacion y cesion de que aquí se trata, serán objeto de un convenio particular celebradero entre la Santa Sede y S. M. C.»

Ciertamente que los bienes pertenecientes á dichas capellanías y otras semejantes fundaciones piadosas *familiares*, no podian comprenderse en la permutacion ó cesion de que se trata, porque sus rentas están destinadas á los objetos peculiares de las fundaciones; y si llegasen á abolirse estas fundaciones, como se hizo por la ley de 19 de agosto de 1841, pertenecerian no á la Iglesia, sino á las personas llamadas en la fundacion y que tuvieren la calidad de preferente parentesco hácia los fundadores.

«Art. 11. El Gobierno de S. M. confirmando lo estipulado en el artículo 39 del Concordato, se obliga de nuevo á satisfacer á la Iglesia, en la forma que de comun acuerdo se convenga, por razon de cargas impuestas, ya sobre los bienos vendidos como libres por el Estado, ya sobre los que ahora se le ceden, una cantidad alzada que guarde la posible proporcion con las mismas cargas. Tambien se compromete á cumplir por su parte, en términos hábiles, las obli-

gaciones que contrajo el Estado por los párrafos primero y segundo de dicho artículo.»

«Se instituirá una comision mista con el carácter de consultiva, que en el término de un año reconozca las cargas que pesan sobre los bienes mencionados en el párrafo primero de este artículo, y proponga la cantidad alzada que en razon de ellas ha de satisfacer el Estado.»

Cada uno de los artículos de este Convenio nos presenta nuevas seguridades y garantías en favor de la Iglesia y pocas ó ninguna en favor del Estado. No vemos la necesidad de estipular de nuevo con este artículo lo que estaba ya estipulado y solemnemente convenido por el Concordato. Ni hallamos tampoco justa, conveniente ni equitativa esta disposicion, porque si la Iglesia cede al Estado todos sus bienes por el precio que tenga á bien fijarles, naturalmente tiene la obligacion de cumplir con las celebraciones y demás pías fundaciones á que están afectos dichos bienes, ya que se hace la cesion sin deduccion de cargas.

Los demás artículos que siguen tratan de la distribucion de las inscripciones intransferibles de la deuda, de completar la dotacion del culto y clero y de llevará efecto algunas disposiciones del Concordato, hasta el art. 19, que dice así:

«El Gobierno de S. M., correspondiendo á los deseos de la Santa Sede, y queriendo dar un nuevo testimonio de su firme disposicion á promover *no solo* los intereses materiales, sino tambien los espirituales de la Iglesia, declara que no pondrá óbice á la celebracion de Sínodos diocesanos cuando los respectivos prelados estimen conveniente convocarlos. Así mismo declara, que sobre la celebracion de Sínodos provinciales y sobre otros varios puntos árduos é importantes, se propone ponerse de acuerdo con la Santa Sede, consultando *al mayor bien y esplendor de la Iglesia.*»

«Por último, declara que cooperará por su parte con toda eficacia á fin de que se lleven á efecto sin demora las disposiciones del Concordato que aun se hallan pendientes de ejecucion.»

¿Se quieren mas declaraciones? ¿Pueden aparecerse mayores seguridades y pruebas mas ciertas é inequívocas del mayor bien y esplendor de la Iglesia? En una palabra, ¿puede haber mas condescendencia y mas docilidad de parte de la potestad civil? Sin duda que no, no.

Pero en cambio de esto ¿qué es lo que ha hecho la Santa Sede á

favor del Gobierno de S. M.? Nada, absolutamente nada; le ha concedido la permutacion de sus bienes por el valor que los Obispos tengan á bien fijar, y por el art. 29 ha acordado estender *de hecho* el benigno saneamiento contenido en el art. 42 del Concordato, á los bienes eclesiásticos enajenados á consecuencia de la referida ley de 1.° de mayo de 1855. Esto es todo cuanto ha hecho S. S. en premio de tantos ruegos y sumisiones, de tantas seguridades, de tantas promesas, de tantas garantías y concesiones como ha exigido de S. M. C. La docilidad y sumision del Gobierno de la misma, ó de su representante, ha hecho sin duda que la Santa Sede fuese mas exigente en la permutacion de unos bienes que con tanto empeño se solicitára y que tan perjudicial podrá ser á la nacion aumentando quizás su deuda en vez de disminuirla, como se ha manifestado en este escrito con la debida estension.

Dios, de quien dimana todo poder, creó las potestadades eclesiástica y civil ó temporal, como dice un célebre canonista, y marcó la línea dentro de la cual cada una de ellas debiese, sin traspasarla, ejercer los derechos y funciones respectivas á ambas. Las dos son perfectas y soberanas en su clase, y por consiguiente nada les falta para el pleno é independiente ejercicio de las atribuciones augustas con que Dios quiso se gobernasen el santuario y el trono. Objetos espirituales de primer órden, administracion de sacramentos, disciplina interior y otros que los sagrados cánones y leyes tienen reconocidos por de esa clase, son esclusivamente de la competencia del primero; y los bienes temporales, órden civil, tranquilidad pública, gobierno de los pueblos, su economía y cuanto de esa esfera se halle dentro del estado temporal pertenece al segundo.

Dad á Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César, dijo Jesucristo; y yo me valgo solo de ese ejemplo para manifestar con franqueza que no puedo salir de ese divino precepto, y que tan culpable seria á su divina presencia aplicando al César lo que es de Dios, como dando á la Iglesia derechos que el mismo Dios quiso reservar al César, esto es á la suprema potestad temporal.

Bajo este concepto es como he entrado á dilucidar esta cuestion, emitiendo mi opinion con la franqueza é independencia que le hago en todos mis escritos y negocios de mayor importancia.

Lo he hecho con moderacion y templanza sin ánimo de ofender al Gobierno de S. M. ni á la Santa Sede, pues estoy convencido que en todas las cuestiones, y mayormente en la que se ventila, deben

evitarse recriminaciones y espresiones irritantes, puesto que con ellas no se consigue convencer á nadie. Tal ha sido mi lenguaje, asi en los periódicos, como en las obras que he publicado; de modo que tengo un particular orgullo en que durante mi larga carrera de periodista y escritor jurídico ninguno de mis escritos haya sido denunciado. Pero en medio de mi comedimiento y de mi templanza he sabido sostener mi opinion en las materias mas difíciles del derecho con la firmeza necesaria. Cumple á mi deber consignar aquí que escribo por convencimiento y no por espíritu de partido.

En obsequio de la claridad y en utilidad de la patria, no he tenido reparo en sacrificar el amor propio de la gloria de escribir bien, que es la pasion que con mas fuerza suele dominar á los autores.

**Francisco de Pon.**

---

## DE LA PRUEBA TESTIFICAL EN MATERIA CIVIL.

**Su origen, vicisitudes y estado actual, segun lo dispuesto por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento.**

La investigacion de la verdad es el objeto de los debates judiciales; la discusion que sostienen los litigantes es la reunion de los medios con que aspiran á arribar á ella; uno de estos y muy importante, es el testimonio humano. Quédese para el escepticismo, quédese para los ilusos, aquella estraña teoría que al negar la verdad de todo testimonio, niega la verdadera naturaleza moral del hombre; la maldad siempre, la virtud nunca; hé aquí el principio destructor del órden social en que aquella descansa. ¿Puede el indivíduo tener evidencia interna ó esterna de todo lo que existe? Cuando piensa y quiere, ¿sale de la limitada esfera de su personalidad? No. Cuando ejercita sus sentidos, ¿puede con ellos abarcar el mundo? No. Pues hasta aquí, y no más, llega el poder de la evidencia. Ahora bien, ¿cómo se investigará la verdad de aquellos hechos, cuya evidencia es imposible para nosotros, que desgraciadamente son los mas en el órden moral y material? ¿Habrémos de negarlos todos? Esta negacion seria tan horrible como la negacion de la justicia misma.

Es preciso acostumbrarse á no ver en el hombre un mundo, sino una pequeña fraccion del mundo; un ser de relacion, cuya vida es imposible, ó cuando menos raquítica y mezquina sin el contacto de los otros seres racionales. Impotente por sí solo para la investigacion de la verdad, necesita el auxilio de los demás hombres, necesita el testimonio de ellos. Suprímase, y entonces el hombre no tiene ara mundo que el mezquino que puede recorrer con su inteligencia y con sus sentidos. Pero demos al olvido una teoría que no ha encontrado ni encontrará eco en la mente de los hombres ilustrados, ni en la conciencia de los pueblos. Negar yo que existe Roma porque no la he visto, equivale á afirmar que los ámbitos del mundo son los de la casa en que vivo, ó cuando mas, los del pueblo en que estoy domiciliado, y de aquí ir de negacion en negacion á destruirlo todo. El testimonio, pues, es una necesidad de la naturaleza moral del hombre y un resultado preciso de su personal impotencia, á la vez que el camino que puede conducirle á descubrir el misterio de la verdad en el órden moral y material.

Esto no obstante, estamos bien lejos de sostener que sea un medio infalible de prueba. Si no tenemos evidencia de un hecho, ¿podemos asegurar por otro medio su realidad? La verdad del testimonio depende de la virtud de los hombres y de su honradez, y un medio de prueba que tiene tal punto de apoyo, bien merece que se le rodee de precauciones. Así lo han hecho siempre los legisladores, estableciendo todos aquellos medios para dar solemnidad y garantías de verdad al testimonio que por sí solo se presenta siempre lánguido y pobre. De aquí las diversas formas establecidas para hacer constar esa prueba; de aquí los instrumentos públicos y auténticos, los privados y el testimonio simple de aquellas personas que, estrañas á un juicio, son llamadas á declarar como testigos, sobre los hechos en él alegados y negados; de aquí el juramento, la edad y algunas circunstancias negativas exigidas á los testigos, y de aquí, en fin, las penas establecidas para los falsarios. Este gran cúmulo de precauciones con que se ha rodeado en todos los tiempos y países el testimonio, es la prueba mas concluyente de su falibilidad y de su inmensa necesidad. Así como el hombre, que no puede vivir sin respirar, cuando se halla rodeado de una atmósfera infestada, embalsama el aire para que no le mate, así el legislador, que vé en el testimonio una triste necesidad, le vigila constantemente, le rodea de precauciones para evitar que se convierta en una arma con que

se anulen los derechos del individuo. Es esta la lucha del hombre con el hombre mismo, hija de la desconfianza y de la imperiosa necesidad.

Pero la falibilidad, pesadilla constante del escepticismo, que es condicion natural del testimonio, cualquiera que sea la forma bajo que se presente, es mucho mas temible, es por lo mismo mucho mas imponente, cuando este se ofrece aislado, sin mas garantías de verdad que las que tiene una persona cualquiera, estraña á un juicio, y que por el precepto judicial, acude á deponer sobre la verdad ó falsedad de los hechos que han de servir de base para la aplicacion de la ley, para la aplicacion del derecho en favor de uno de los litigantes. Entonces la desconfianza se acrecienta, se multiplican los temores, se dificulta mas la investigacion de la verdad y se ofrece la gran cuestion de saber cuáles son los mejores medios para apreciar la verdad del dicho de los testigos; cuáles de estos son dignos de mas crédito; como se salvarán las contradicciones en que puedan incurrir al declarar; cuál será la fuerza de sus dichos en cada caso; si son muchos, pocos ó uno solo; si declaran *ex visu* ó *ex audito*; si deponen sobre hechos mas ó menos pertinentes, posibles, verosímiles ó imposibles; si sus declaraciones van contra una prueba preconstituida ó contra una prueba simple; y en fin, si la oscuridad que de ellas resulte, llega á tal estremo que sea verdaderamente perpleja. Hé aquí el objeto constante de las meditaciones del legislador al ocuparse de la prueba testifical. Materia es esta digna de profunda reflexion y de un escrupuloso estudio, porque afecta íntimamente á los derechos individuales; materia es esta muy discutida, pero no completamente discutida, pues que en nuestros dias, en el siglo en que vivimos, está siendo objeto de acaloradas disputas entre los legisladores y los jurisconsultos. Es en mi concepto tan grande esta cuestion y su resolucion tan difícil, que casi casi se aproxima á lo que en las matemáticas se disputa sobre la cuadratura del círculo. Arquímedes se atrevia á levantar el mundo con su palanca si se le daba un punto de apoyo, pero como este era imposible, no pudo resolver la dificultad. Nosotros, por el contrario, tenemos punto de apoyo; pero nos falta la palanca segura y fuerte para levantar y revelar la verdad do quiera se encuentre; no hay mas palanca segura que la evidencia, toda otra es muy frágil y puede romperse al menor esfuerzo. Pero sin embargo el hombre no debe retroceder ante las dificultades, mientras no sean tales que hagan moral ó materialmente

imposible la empresa; para eso es un sér que piensa y quiere por el designio de Dios; y mientras pueda realizar lo que su inteligencia concibe y lo que determina su voluntad, adelante, que esa es la mision de los séres racionales.

Dos escuelas se vienen disputando hace algun tiempo, el imperio de la verdad, acerca del medio mas conducente para la apreciacion de la prueba testifical en materia civil. La una, que somete el criterio del Juez, el criterio del hombre, al criterio del legislador, al criterio de la ley, á las reglas por esta determinadas, segun las que ha de graduarse el valor de la prueba, y de las que no se puede separar sin incurrir en una infraccion del derecho. Esta es la que se ha llamado *escuela del criterio legal*, porque en efecto, el medio de hallar la verdad del hecho debatido, está tasado en la ley, y fuera de este, no puede emplearse otro medio; por eso, segun los principios que sostiene esta escuela, no es el juez el que investiga la verdad de los hechos, sino la ley misma por medio del juez. La otra escuela que recibe el nombre *de criterio racional* abandona al magistrado, á su razon, á su sana crítica, la apreciacion de la fuerza que pueden tener las declaraciones de los testigos en el juicio, sin fijar reglas á que deba atenerse, sin sujetar su criterio al criterio de la ley, reconociendo, por el contrario, la libertad de su razon, para que con ella pueda, segun las circustancias, segun la fisonomía de cada caso, hacer esa prudente y delicada apreciacion. No entrarémos ahora á examinar cuál de las dos escuelas es la preferible ó aceptable; no es esa la mision que nos hemos propuesto. Ahora nos concretarémos, á ver cómo y por qué causas se han desarrollado en el campo de la historia.

En el derecho primitivo de los romanos, en el derecho decemviral, indígena segun unos, importado segun otros, pero bárbaro y repugnante en concepto de todos, apenas hay disposiciones relativas á la prueba testifical que puedan servirnos para saber la fuerza, el valor que allí tenia esa prueba, ni tampoco si era la ley ó solo el juez el que habia de apreciarla. El fragmento tercero de la Tabla octava, dice: cui *testimonium defuerit, iis terciis diebus ob portum obagulatum ito;* el que no hallare testigos con que probar su intencion, podrá publicarla en alta voz y por tres dias consecutivos á la puerta de su adversario. Nada se vé en este precepto mas que la importancia de la prueba testifical; nada que determine su fuerza, ni el medio que se daba para apreciarla; sin embargo, en esta primera

época del derecho romano y aun despues hasta la ley Ebucia, á fines del siglo VI de Roma, regía el sistema de las acciones de la ley, sistema esencialmente simbólico y en el que predominaba constantemente la jurisdiccion delegada; el magistrado nombraba el juez para cada negocio, y á veces juzgaba por sí mismo. En semejante sistema de procedimientos, no era posible esperar que ni el magistrado ni el juez tuvieran una regla segura prescrita en la ley, que les sirviera para apreciar la fuerza de los testigos; por tanto, puede casi asegurarse que el criterio racional seria el único norte que guiara á aquellos en esta delicada tarea.

Mas tarde, en el siglo III de la Iglesia, en tiempo de Diocleciano, época en que espiraba el sistema formulario despues de haber reinado mas de tres siglos y sustituido al de las acciones de la ley, era menos concebible todavía la aplicacion del criterio legal en la prueba de testigos. Segun este sistema, mas liberal que el anterior, en una de las *partes de la fórmula* daba el magistrado al juez la órden de condenar ó de absolver, segun el resultado de la prueba: al efecto le decia: *.....condemnato; si non patet, absolvito.* De aquí se infiere, que al juez no se le fijaba el medio de apreciar la prueba, sino que se encomendaba á su criterio racional.

Bajo el tercer sistema, el de los procedimientos estraordinarios, que empieza en Diocleciano, comiénzanse á ver reglas importantísimas para la apreciacion de la prueba testifical, sin que de ellas pueda inferirse, sin embargo, que el pensamiento seguido hasta aquí, que la teoría del criterio racional, fuese modificada. En efecto: del exámen de algunas disposiciones de los códigos de Justiniano, resultará esto evidentemente demostrado. «*Ubi numerus testium non addicetur, etiam duo sufficiente pluralis enim elocutio, duorum numero contenta est,*» decia una ley del Digesto (1). La importancia de este testo es incuestionable, puesto que de él resulta una idea que tiene una relacion inmediata con la teoría de que nos venimos ocupando: donde la ley no exige mayor número de testigos, basta el testimonio de dos. Exigiase mayor número para probar la solucion de un crédito de mas de 50 libras de oro, contenido en un quirógrafo (2), y cuando habia que acreditar el pago de una deuda consignada *in scriptis*, en el primer caso eran necesarios tres testi-

(1) Ley 21, tít V, lib. XXII.
(2) *L. ult. C. si cert. petat.*

gos, y cinco en el segundo; si alguno hubiere testado, y trascurrido diez años manifestase su voluntad contraria, tendria que probar, por tres testigos al menos, que el testamento habia sido irrito (1). Es notable tambien otra ley del Código (2), que dice: «*Unius omnino testis responsio non audiatur.* En las sentencias de Paulo (lib. V, tít. XV, §. 4.º) se lee: *Testes, cum de fidei-commissarum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt.* La autoridad de este testo estaria bien confirmada, si como pretende Cujas, estuviese apoyada en una Constitucion del emperador Caracalla, que atribuye á este príncipe la ley *De Testib.* del Código de Justiniano, que dice: «*Contra Scriptum testimonium non Scriptum testimonium non confertur;*» pero esta Constitucion es de fecha posterior, si bien á esto se oponen dos testos de la de Constantino, que forman la ley 15 *De fide instrumentorum*, y dice: «*In exercendis litibus, eandem vim obtinent, tam fides instrumentorum quam depositione textium.*» A pesar de que la antimonia es indudable entre algunos de los testos que acabamos de reproducir, antimonia que es muy frecuente encontrar, al poner en armonía dos preceptos de los Códigos del siglo VI; á pesar de esto decimos, se presenta la legislacion romana á primera vista tasando al juez el criterio, fijando un número de testigos que le ha de servir para fallar, coartando en fin al magistrado la libertad de juzgar de los hechos, anulando su criterio. Sin embargo, las mismas disposiciones que, segun hemos dicho, ofrecen aparentemente un criterio legal, bien examinadas, concienzudamente estudiadas, dan á conocer que hácia las orillas del Bósforo se respiraba la misma atmósfera que en las márgenes del Tíber: y eso que la forma del gobierno tendia á absorberlo todo, y á aniquilar todo lo que fuera derecho individual. En efecto, vemos proclamarse en primer lugar el principio del número: cuando la ley no exige mayor número de testigos, basta el de dos; y despues de fijar en diversos testos citados los casos en que se requiere mayor número, que es siempre que se trata de hacer prueba contra testimonio escrito, se dice á la vez en otros, que no puede interrogarse á los testigos contra las escrituras cuando á estas nada se ha opuesto; que contra el testimonio escrito no se confiere el testimonio no escrito; y por otra parte, que en los pleitos, la misma fé tienen

(1) *D. sancion.—27. C. de testam.*
(2) 9.ª, tít. XX, lib. IV.

los instrumentos que las deposiciones de los testigos. Sin embargo de estas disposiciones, contradictorias á primer golpe de vista, lo que se deduce positivamente no es otra cosa sino que la prueba de testigos no escrita podia presentarse contra la escrita cuando esta habia sido impugnada, y que el valor de aquella podia ser tanto como el de esta, segun los casos y circunstancias. Pero no se vé nada que tienda á anular el criterio racional del juez: este queda subsistente, si bien ha de tener por punto de apoyo esas reglas que se dictan en las leyes.

Esta conviccion se arraiga profundamente al leer otras disposiciones de suma importancia. La ley 21, §. 3, D. *De Testib.*, dice: *Non ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit.* Es tambien notable la ley 21, tít. 5.°, lib. 22 del Digesto, que dice: *Si testes omnes ejusdem honestitatis et extimationis sint et negotii qualitas ac judicis natus cum is concurrit, sequenda sunt omnia testimonia.* Merecen tambien llamar la atencion las siguientes palabras de un rescripto del emperador Adriano dirigido á Vivio Garo, que refiere Calistrato (5): *Tu magis, scire potes quanta fides habenda sit testibus: qui et cujus dignitatis et cujus æstimationis: et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatum sermonem attulerint, an ad ea quæ interrogaveras ex tempore verosimilia responderit.* Vése por estas importantísimas reglas, que no era el número de los testigos precisamente al que habia que atender para formar el criterio de la verdad de los hechos sobre que recaian sus declaraciones, sino á la *sincera fé del testimonio*, á aquellos testimonios, *quibus potius lux veritatis adsistit*, á la *dignidad*, á la *reputacion* ó *fama* de los mismos, y á la *razon* de sus dichos. Este es el principio que preside en el derecho romano de esta época: la libertad del criterio del juez para apreciar la fuerza de la prueba testifical; principio fecundo en consecuencias, principio salvador de la injusticia en muchos casos, y de una elasticidad tal, que podia acomodarse muy bien á todas las circunstancias; y aunque menos conforme con el sistema de enjuiciar vigente en tiempo de Justiniano, el de *los juicios estraordinarios*, que son los anteriores, el de *las acciones de la ley* y el *formulario*, sin embargo continuaba por no haber una incompatibilidad real y positiva, y porque los romanos

(1) D., l. 3, §. I, Cod.

tendian siempre á rendir culto á las obras de su historia, aun los emperadores, que tenian naturalmente menos interés en conservarlas.

Parece que cuando los jurisconsultos de la edad media asistian con tanto placer al solemne espectáculo de la restauracion del derecho romano, debieron si tanto le amaban, no bastardearle y calumniarle como lo hicieron; aquí se vió, como en otros muchos puntos del derecho, que una mala inteligencia de los jurisconsultos, una doctrina errónea, entronizó sistemas perniciosos que no eran los de las leyes, sino los de la torcida y cabilosa inteligencia de los escritores. De aquí es que los jurisconsultos en esta época asentaran las reglas mas anómalas, segun las que podia existir la conviccion legal de la verdad del hecho, aun cuando la verdad positiva no existiese. De aquí dimanó el siguiente error: «yo estoy convencido como hombre; pero no lo estoy como juez.» «Este hecho es verdad, y no lo es al mismo tiempo.» «Ha existido y no ha existido á la vez.» ¡Oh! ¡y á qué estremos tan absurdos conducen ciertos principios! ¿No es la verdad la que se busca en el juicio? ¿La verdad no es una? ¿No se dice que es verdadero aquello que existe? ¿Pues cómo admitir una falsa teoría que en algunos casos convierte á los jueces en otro Pilatos, que sin conviccion abandonan la víctima á sus verdugos, porque estos lo piden ciega y desatentadamente?

Esta estraña teoría, tan fecunda en fatales consecuencias, tan irracional, halló su confirmacion en las Decretales, que partiendo tambien de un principio falso, é incurriendo en gravísimas contradicciones, negaban la fuerza del testimonio único (1), estableciendo que no pudiera condenarse á nadie sin el testimonio de dos ó tres varones *probatæ vitæ et fidelis conversationis*, fundándose en que, segun la Sagrada Escritura, *in ore duorum vel trium testium stat omne verbum* (2). Era consiguiente que despues de consignar este principio, viniera la contradiccion que se encuentra bien manifiesta en otras muchas disposiciones y en los escritores de derecho canónico; así vemos decir á Lancelot: *testes considerantur conditione, natura et vita.*

Mas la teoría del criterio legal iba tomando cada vez mayores proporciones, protegida por los errores de los jurisconsultos y san-

(1) Cap. 10, tít. 20, lib. 2.
(2) Cap. 23 del mismo tít. y lib.

cionada, como hemos visto, por las Decretales. Tocaba á España en esta época recibir una legislacion estranjera, olvidando que habia fuentes abundantísimas donde beber el derecho indígena. D. Alonso X, cuyo renombre de sábio aun no se ha demostrado, hizo una amalgama del derecho romano y canónico respecto á la apreciacion de la prueba testifical, que dió el resultado que se debia de esperar. En efecto, las leyes 32, 40 y 41 del tít. 16 de la Partida 3 son una elocuente prueba que puede ofrecerse de la irreflexion de D. Alonso X como legislador. Estas leyes, sin escrúpulo lo decimos, suprimieron el criterio de los magistrados, como tendremos ocasion de probar. Tal es su importancia, que nos creemos en el deber de insertarlas literalmente.

La ley 32 dice así: «Cuántos testigos há menester para probar en cada pleito.» «Dos testigos que sean de buena fama, ó que sean atales que los non puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes de este nuestro libro, abonda para probar todo pleito en juicio: fueras ende en razon de quitamiento de deuda sobre que fuere fecha carta de escribano. Ca si el deudor quisiere probar que habia pagada atal deuda, ó que gela habia quitado aquel á quien la debia, désvelo averiguar por carta valedera, ó por *cinco testigos que digan que ellos eran presentes* cuando aquella paga é quitamiento fué fecho, é que fueron llamados é rogados que fuesen ende testigos. Otrosí decimos, que *pleito de testamento* en que alguno fuere establecido por heredero, que se ha de probar por siete testigos rogados. E si aquel que fizo el testamento fuere ome ciego, há menester que se pruebe el pleito por ocho testigos. E si otro pleito fuere en razon de manda en que non fuere establecido heredero, abondarian cinco testigos para probarlo. Mas por un testigo decimos que ningun pleito non se puede probar, cuanto quier que sea ome bueno é honrado, como quier que faria gran permision al fecho sobre que atestiguase. Pero si el *emperador ó rey* diere testimonio sobre alguna cosa decimos que abonda para probar todo pleyto. Ca debe ome afinar que aquel que puesto para mantener la tierra en justicia, é en derecho, que non diria en su testimonio si non verdad, nin querria en tal razon ayudar al uno por estorvar el otro.....»

La ley 40 del mismo título y Partida dice: «Qué fuerza han los testigos en los pleitos sobre que entienden los omes en juicio.» «La fuerza que han los testigos en los pleitos sobre que contienden los omes en juicio es esta; que cuando alguna de las partes, los aduce por

así, ó prueba por ellos cumplidamente su intencion, si son atales que por ninguna de las razones que decimos este título non pueden ser desechados, debe el juzgador seguir su testimonio é dar el juicio por la parte que los trajo; mas cuando ambas partes aduxeren testigos en juicio é cada uno de ellos probare su intencion por ellos de manera que los dichos de la una parte fueran contrario á la otra; entonce debe catar el juzgador é creer los dichos de aquellos testigos que entendiere que dice la verdad, é que se acercan mas á ella, á que son omes de mayor fama é de mayor derecho, debe creer á estos atales é seguirse por lo que testiguasen, maguer que los otros que dixeren el contrario fueren mal. E si por ventura fuere igualeza en los testigos, en razon de sus personas é de sus dichos, porque tambien los unos como los otros fueren buenos, é cada uno de ellos semejase que dicen cosa que podria ser, entonce deben creer los testigos, que se acordaron é fueren mas é juzgar por la parte que los aduxo. E si la prueba fuere aducha en juicio de manera que fueren tantos de la una parte como de la otra, é fueren iguales en sus dichos é en su fama, entonces decimos que debe el juzgador dar por quito al demandado, de la demanda que le facen, é non le deben empecer los testigos que fueren aduchos contra él, porque los juzgadores siempre deben ser aparejados mas para quitar el demandado que para condenarlo, cuando fallaren derechos razonables para facerlo.»

La ley 41 dice así: «Ligeramente podria acaescer, que los testigos que la una parte aduxere, que desacordarian en sus dichos, de manera que los unos dirian el contrario de los otros. E por ende decimos que cuando así acaesciese, que el juzgador debe creer aquellos que semejare que se acuestan mas á la verdad, é que acuerdan mas con el fecho, maguer que los otros fueren mas, é non debe empecer á la parte el testimonio contrario que los otros ovieren dicho. Ca como quier que cuando aduxesse en juicio para probar su intencion, dos cartas que fueren contrarias, la una de la otra, que non debe valer ninguna de ellas, así como adelante mostrarémos. Pero non debe esto, así ser juzgado en los testigos, porque aquel que aduce las cartas en juicio, puede ante que las muestre ser en aviso para ver ó saber si la una es contraria á la otra ó non dude por esto se debe tornar á su culpa, si muestra carta en juicio que sea contraria. Mas en los testigos non podria ninguno poner esta guarda, porque muchas veces dicen ellos á la parte que los trae que dirán

una cosa, é cuando son delante é Juzgador, dicen el contrario en poridad de aquello que saben. E por ende non es en culpa la parte que los trae nin le deben empecer, maguer ellos desacuerden solamente que por alguno de ellos querian omes buenos, pueda probar su intencion, é los otros que dicen en contrario no sean mas ó mejores. Mas cuando algun testigo fuere contrario así mismo en su dicho, non debe valer su testimonio.»

Es notable tambien la ley 29 del mismo título y Partida, cuya epígrafe dice: «En cuales pleytos debe valer el testimonio que dixere de oida.» «Contiendas hacen entre los omes á las veces en razon de las voces antiguas, querellándose algunos de lavores altas que fueron fechas por manos de omes, é correr aguas que les facen daño en las heredades, é en sus casas, é piden al juzgador que las mande toller ó abajar. Por que acaece muchas veces que tales lavores como estas son antiguas, que non ome ninguno vivo que las viese facer, por ende tobieron por bien los sábios antiguos que ficieron las leyes, que en tal pleyto como este, que valiese el testimonio de oida, seyendo dicho en esta manera, digo que el agua que corre de tal lugar á tal que face daño, é de aquel lugar de que corre que fué fecho por mano, é si fuere preguntado como lo sabe é respondiere que oyó decir á otros que vieron facer, é que de esto era fama entre los omes que así fuera, provándole esto abondale al demandador. Otrosí decimos que si el demandado provare por los testigos, que non vieron nin oyeron decir, que aquella obra fué fecha por mano, nin oviese ome que oyese decir, mas que comunalmente era entre los omes, que aquí aquella obra era segund natura, é non fuera fecha por mano de ome, que tal testimonio como este cumple al demandado. Mas en otro pleyto non debe ser cabido testimonio de vida, si non como de suso diximos. Otro sí decimos que el testigo que non diere razon de como sabe lo que testiguan, si non dice que lo cree, que non debe valer aquello que testiguare.»

Hemos copiado íntegramente estas cuatro leyes de Partida para presentar en conjunto, toda la doctrina que sobre el valor de la prueba testifical admitió el rey D. Alonso el sábio. De su lectura se infiere, que arrastrado ese monarca por las malas teorías de los jurisconsultos de su tiempo, y por el espíritu de imitacion servil, sancionó el criterio legal dejando reducidos á los magistrados á un mero instrumento de los preceptos del derecho. Despues de estas leyes no era estraño ya que los jurisconsultos y los jueces se creyeran en

el imperioso deber de admitir la ya citada máxima: *yo estoy convencido como juez, aunque no estoy convencido como hombre*; la verdad puede existir y no existir al mismo tiempo. ¡Un imposible moral servir de base para la decision sobre los derechos del individuo! Pero el mal estaba hecho, las circunstancias le favorecian y solo una revolucion profunda en las ideas, podia condenar al absurdo á un silencio perpétuo. ¿Se estrañará que despues de canonizada tal doctrina, se vea definir la prueba plena, *quæ fit duobus testibus*? Llegó, porque no podia menos de suceder, la época en que hombres de un eminente talento, españoles y estranjeros, se levantaron contra la doctrina del criterio legal, como aniquiladora de la sana razon del juez; cundió esta idea en todas las naciones, y en España no tuvimos la dicha de verla realizada hasta que se promulgó la ley de 5 de octubre de 1855 sobre el enjuiciamiento civil, si bien antes se habia ya visto aceptada en cuanto á los procedimientos criminales de diversa índole; lo que prueba cuando menos, que el pensamiento de la reforma bullia en las cabezas de los legisladores.

La ley de 13 de mayo de 1855 que autorizó al gobierno para ordenar y compilar las leyes y reglas del enjuiciamiento civil, sujetó esta reforma á varias bases, entre las que es muy notable, la primera que exige se restablezcan en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes, *introduciendo las reformas que la ciencia y la esperiencia aconsejan y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica*. Los autores de la Ley de Enjuiciamiento civil, cumplieron sin duda con esta base, al consignar en el artículo 317 de la misma: que *los jueces y tribunales apreciarán, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos*. Al llegar al exámen de este precepto, los mas distinguidos jurisconsultos han tenido necesariamente que fijar su atencion, pues aun para los menos aficionados á la reforma, el lenguaje de la ley era completamente nuevo y se debia fijar su verdadero sentido. ¿Es un nuevo sistema el que aquí se plantea, el del criterio racional? ¿Es el sistema de las leyes de Partida, el del criterio legal? ¿Es un sistema misto que deja libertad al criterio judicial, pero sujetándole á las reglas establecidas en las leyes alfonsinas para la apreciacion de la fuerza y valor de la prueba de testigos? Para resolver esta cuestion con el debido acierto, es preciso fijar préviamente el sentido filosófico, verdadero de

las palabras del artículo; de otro modo no nos parece posible llegar á la investigacion de la verdad sobre este punto.

*Segun las reglas de la sana crítica* apreciarán los jueces y tribunales la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. Hé aquí la disposicion terminante de la ley. ¿Qué es lo que significa á primera vista? Que las *reglas de la sana crítica* han de ser el medio de que se valgan necesariamente los jueces y tribunales para apreciar la fuerza de las declaraciones de los testigos.

La verdad es una sola, y el que llega á conocerla, ó pone en juego los medios conducentes para ello, es el que piensa bien. La verdad de un hecho puede existir y existe independientemente del criterio humano. Antes de que Newton sorprendiera al mundo con su invento, la gravedad era una ley positiva de los cuerpos; así como Dios existe, á pesar de ser ignorado por los ateos; así como la electricidad y el vapor tenian sus propiedades positivas, antes de ser conocidas por los hombres. De aquí la necesidad de distinguir la verdad del objeto, de la verdad del sugeto, la realidad ó existencia de la cosa, del conocimiento de esa realidad por el hombre, ó en fin lo que los lógicos llaman *verdad objetiva* y *verdad subjetiva*. La primera puede existir sin la segunda, porque las cosas no dejarán de ser lo que son aunque el hombre las desconozca; la segunda no podrá existir sin la primera, porque el hombre no puede conocer lo que realmente no existe, y cuando pretende hacerlo forma un juicio falso que se llama error.

El hombre, pues, es el llamado á la investigacion de las verdades ó de la realidad de las cosas. El trabajo de la investigacion es puramente personal, no porque pueda hacerla sin auxilio estraño, sino porque su mision es aprovecharse de su auxilio y por medio de la inteligencia darle el aprecio y la estimacion debida. El hombre no puede tener evidencia mas que cuando piensa, quiere ó siente por sí mismo y en lo que hace relacion á sí. En los demás casos, cuando tiene que valerse de auxilios estraños, ya no es evidencia la que tiene; podrá ser probabilidad; podrá ser cuando más, certeza, pero no podrá ser nunca evidencia. Cuando yo aplico la mano al fuego, adquiero la evidencia del calórico. Cuando oigo decir que se ha cometido un robo, necesito emprender la laboriosa tarea de la investigacion de la verdad del hecho, y como no presencio su ejecucion, tengo que oir el testimonio de los demás para formar el juicio sobre su certeza ó falsedad, y no me bastará oir su testimonio, sino que tendré necesidad

de examinar con detencion los antecedentes de los testigos, su fama y reputacion, el interés que podian tener en el hecho, la razon de sus dichos, las circunstancias especiales de cada uno, y en fin todo cuanto conduce á averiguar la verdad del robo. Cuando sujeto mi inteligencia á este trabajo de investigacion, ejercito mi criterio ó mi crítica; y si este trabajo le forma una reunion de los medios conducentes para hallar la verdad, se dirá que he apreciado segun las reglas del *sano criterio*, ó segun las reglas de la *sana crítica*. El juez que en la apreciacion de la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos se conduce de este modo, es el que obra segun las reglas de la sana crítica y cumple con el precepto del artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Interpretar de otro modo sus palabras, es trasternar completamente el pensamiento del legislador, las reglas de la lógica y el buen sentido. El criterio racional del juez, está sancionado indudablemente en el artículo 317 citado.

En efecto, el criterio de la ley es independiente en un todo del criterio judicial. Si el legislador fuera infalible, podríamos suponer que no existia esta independencia, porque entonces al dictar las reglas para apreciar la fuerza de la prueba de testigos, haria una manifestacion, no de su propio criterio, sino del criterio universal, y sus reglas como infalibles deberian ser adoptadas por todos, y lo serian efectivamente mientras no quisiera separarse de la verdad. Pero por desgracia no sucede así; el criterio del legislador es falible y débil como el del juez, y aunque sea mas ilustrado que éste, al dictar reglas generales no puede preveer todos los casos y se espone á sancionar la arbitrariedad y la injusticia. Por eso se dice, con sobrada razon, que el sistema del criterio legal suprime el criterio judicial, porque sustituye en efecto la crítica del legislador á la crítica del juez, y el criterio humano es puramente personalísimo en tales términos, que cuando tenemos que pasar forzosamente y sin razon por el criterio de otro, se dice que nuestro criterio no funciona, ó que está dormido. Por eso el artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, al hablar de las reglas de la sana crítica escluye absolutamente el criterio legal, de suerte que para nosotros es indudable que ese sistema ha pasado á la historia y ha sido sustituido por el del criterio racional. No es de este momento descender á la crítica de la ley, á saber, si ha hecho bien ó ha hecho mal; baste solo asentar esta doctrina.

Al llegar aquí, parece que deberiamos dar por terminado este

trabajo; pero sin embargo tenemos mucho camino que andar todavia si hemos de rebatir una opinion peligrosa, que en nuestro humilde concepto se ha sostenido por algunos de nuestros jurisconsultos.

Si el artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil sanciona como hemos demostrado el sistema del criterio racional, verdadera antítesis del de las leyes de Partida, que es el criterio legal, parece indudable, y lo es efectivamente, que las leyes 29, 32, 40 y 41 del título 16 y 117 del tít. 13 de la Partida tercera, han quedado derogadas. Sin embargo, en los comentarios á dicha ley de Enjuiciamiento por los Sres. Manresa, Miquel y Reus, se sostiene una opinion hasta cierto punto contraria, pero sin el fundamento necesario en mi concepto para que sea aceptada.

Su doctrina sobre este punto, puede reasumirse en los estremos siguientes:

1.° El art. 317, ha derogado la ley 32, si se la considera como regla general y absoluta para todos los casos, pero esto no obsta para que los jueces deban dar entera fé y crédito al dicho conteste de dos testigos, libres de toda escepcion, cuando sean personas de buena fama, imparciales, de buen criterio, y con las dotes necesarias para poder apreciar los hechos cuales son en sí.

2.° El artículo 317 no ha derogado igualmente las leyes 40 y 41 del título y Partida citada.

3.° Ha derogado, sin embargo, la ley 32 en cuanto exige un número de testigos determinado, para destruir la fuerza de instrumentos públicos, y la 117 del tít. 18 de la Partida tercera que exige cuatro testigos para justificar la falsedad de un documento público, y dos para la de cualquier documento privado.

4.° Un solo testigo, por mas favorables que sean sus condiciones, no hará nunca prueba plena, si bien el juez podrá darle mas ó menos valor, segun las circunstancias que en él concurran.

Hé aquí en resúmen la opinion de los citados comentaristas, acerca del artículo 317. Nosotros no podemos admitirla en todas sus partes, por mas que la respetemos cuanto sus autores merecen.

Antes de entrar en el exámen detenido de cada uno de esos puntos, conviene dejar asentados ciertos precedentes que empiezan por destruir la fuerza del pensamiento capital que en ellos domina. En efecto, el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, sino es el más importante de todos, le falta muy poco para serlo, como que en él

se consigna todo un nuevo sistema para la apreciacion de la prueba de testigos. Esto hace suponer, que al escribirle los legisladores no tuvieron ánimo de dejar vigentes antiguos sistemas, mas ó menos desacreditados.

Si respecto de cualquier precepto de la ley, es aplicable el artículo 1415 de la misma, derogatorio de todas las *leyes, reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se hayan dictado reglas para el Enjuiciamiento civil;* ¿con cuánta mas razon, no lo será el artículo 317, que establece un sistema de apreciacion de la prueba de testigos, completamente opuesto al de las leyes de Partida? ¿Cómo puede hablarse de esas leyes despues del artículo 317? Podrán ser mas que un monumento histórico?

De este empeño de dejar vida á las leyes antiguas, aun despues de hechas las reformas, proviene el caos que presenta la legislacion nuestra en su desarrollo histórico, caos en que desgraciadamente aun se encuentra. ¡Tanta veneracion á lo pasado, y tan poco amor á la obra de nuestros dias amoldada á las necesidades y circunstancias de los pueblos! ¿Qué estraño es que todavía veamos interponer un recurso de casacion por haberse infringido, no ya un principio de derecho, sino una ley romana? ¿Cuánto espíritu de estranjería, y qué poco amor al derecho nacional indígena? Este apego al derecho importado que tiene su orígen en el siglo XIII, hace que todos los dias veamos cuestiones de interpretacion de ley, por querer citar las antiguas que murieron por haber sido reformadas, pero que en concepto de algunos, deberian vivir eternamente. Así se embrollan los negocios, y la ley mas clara y mas previsora, es impotente para resolver las mas sencillas cuestiones.

Se distingue además entre unas leyes de Partida y otras, manifestando hallarse unas vigentes y otras no, despues del artículo 317 de la de Enjuiciamiento civil. Esta distincion hace todavía mas inadmisible su doctrina, por que dá lugar á que suscitada en los tribunales una cuestion sobre la apreciacion de la prueba testifical, se ventile la duda de si todas han sido derogadas, ó solo lo han sido algunas, y con franqueza lo decimos, una reforma que hubiera dejado en tal estado de vacilacion el valor de la prueba de testigos, no seria reforma, seria un motivo mas para que se aumentase la confusion y el caos. Ni ¿quién puede creerse autorizado para hacer esas distinciones, cuando el artículo 317 ni por incidencia menciona las leyes de Partida?

Aun cuando en algunas de esas leyes se hallen consignadas las *reglas de la sana crítica*, no podrán tener otra autoridad que la que tiene una ley muerta, la opinion de un notable jurisconsulto, que se observarán por los jueces como reglas de la sana crítica, en cuanto estén conformes con su recta conciencia y con su sana razon, pero nunca porque se hallen escritas en las leyes.

Este será cuando más un título de respeto de atencion del juez hácia aquella, pero no el cumplimiento de una ley que dejó de existir por otra mas sábia, por otra mas conforme con los principios de la ciencia, con el buen sentido y las lecciones de la esperiencia.

Despues de estas consideraciones generales, entremos ya en el detenido exámen de las doctrinas, examinando punto por punto todos los que se tocan en la citada obra de procedimiento civil (1).

Como saben nuestros lectores, la ley 32, tít. 16 de la Part. 3.ª contiene los preceptos siguientes:

1.° Dos testigos de buena fama é intachables y contestes en sus dichos, hacen prueba plena en todo pleito.

2.° Para probar la solucion de un crédito contenido en escritura pública, se requieren cinco testigos presenciales del acto de pago ó remision de la deuda, llamados y rogados.

3.° Siete testigos, si se litiga sobre la validez de un testamento; ocho, si el pleito versa sobre el de un ciego, y cinco, si sobre la de una manda.

4.° Ningun pleito se puede probar por un solo testigo, aunque sea bueno y honrado.

5.° Hace sin embargo prueba plena el testimonio del *emperador* ó *rey*.

Difícil será hallar un jurisconsulto que se atreva á sostener como vigente esta ley despues del art. 317 de la de Enjuiciamiento civil. Como se vé por todos los preceptos que contiene, es la sancion del criterio legal y la *supresion del criterio humano*, como muy elegantemente, y en una ocasion tan oportuna como solemne, dijo el venerable y eminente jurisconsulto Sr. Luzuriaga. Esta ley encadenaba, en verdad, la razon y la conciencia del juez al número de los testigos, por mas que sus declaraciones fueran evidentemente falsas. ¡Cuántas veces han tenido que lamentarse los tribunales de tener que cumplir con ellas! Recordamos con este motivo un pleito

(1) Comentario al art. 317, tomo 2.°

fallado por la Sala primera de la Audiencia de Valladolid, sobre reclamacion de un crédito de cuarenta mil reales. El deudor, persona honrada y de toda probidad, habia satisfecho á su debido tiempo el crédito que se le reclamó despues en virtud de escritura pública, cuya cancelacion se habia abstenido de exigir por razones de delicadeza, fundadas en una antígua é íntima amistad con el acreedor. No tuvo tampoco la prevision de hacer constar la entrega de los cuarenta mil reales delante de cinco testigos, segun exige esta ley; pero en el término probatorio, declararon, no cinco, sino treinta testigos, en tales términos y con tales circunstancias, que hicieron al tribunal adquirir la profunda conviccion de que el deudor habia pagado ya, y de que se abusaba inícuamente de su buena fé. En vano su abogado defensor, en un brillante discurso invocó los principios de equidad y de justicia en favor de aquella víctima de la ley. La Sala, como no podia menos, cumpliendo rigurosamente con esta, le sentenció al pago de los cuarenta mil reales, como si no los hubiera satisfecho, y contra toda razon y contra toda justicia, el infeliz deudor fué víctima de la dichosa ley 32, tít. 16 de la Partida 3.ª, contra los mas sanos deseos del tribunal. ¡Habrá quien desee todavía la conservacion de una ley que consagra un sistema tan absurdo! ¡Habrá quien diga que no se *suprimia el criterio humano*!

Los citados comentadores, al hablar del primer precepto de la ley 32, dicen: «si se considera dicho principio (el de los dos testigos »contestes y libres de toda escepcion) como una regla general y abso»luta para todos los casos, cual solia entenderse en la práctica, indu»dablemente ha sido modificado por el artículo que estamos comentan»do. Dos testigos, aunque estén contestes, y sin tacha legal, no pue»den hacer prueba plena, cuando sus declaraciones han sido desvir»tuadas por algun otro medio de prueba, ó cuando los hechos sobre »que declaran son inverosímiles en el órden material de las cosas, ó »cuando no concurren en ellos las condiciones necesarias para poder »apreciar los hechos debidamente sin temor de que puedan haber sido »engañados. Pero fuera de estos casos, los jueces y tribunales no »podrán menos de dar entera fé y crédito al dicho conteste de dos »testigos libres de toda escepcion, cuando sean personas de buena »fama, imparciales, de buen criterio y con las dotes necesarias para »poder apreciar los hechos cuales son en sí..... Sostener lo contra»rio, seria proceder arbitrariamente, y contra las reglas de la sana »crítica, y de consiguiente contra el precepto terminante al artículo

»que estamos comentando.» Admitimos sin obstáculo de ningun género la idea de que no se acepte como plena la prueba de los dos testigos, cuando por las circunstancias que se indican ó por otras semejantes se halla desvirtuada, advirtiendo sin embargo, que esto mismo sucederia con la prueba, no de dos, sino de cuatro ó de mas testigos, porque en el sistema de la crítica racional, las declaraciones se pesan y no se cuentan. Pero no admitimos del mismo modo, que deba darse entero crédito al dicho conteste de los dos testigos, cuando no se halle desvirtuado por las circunstancias anteriores; porque la buena fama, la imparcialidad y el buen criterio, no son cosas que en la mayoría de los casos, ni con mucho, se revelen por las circunstancias puramente esternas que la ley exige á los testigos. Un parentesco de quinto grado, por ejemplo, suele ser muchas veces motivo de mayor parcialidad que un parentesco de segundo ó de tercero, y sin embargo no es tacha legal. Una amistad íntima, completamente ignorada é improbable, suele ser tambien motivo de parcialidad, y sin embargo no estar al alcance del juez por el resultado de los autos. Mas fuerte que la amistad todavía, puede ser un beneficio del momento y al que para corresponder tenga el testigo que declarar en favor del que se le hizo. Nada mas frecuente que ver en las informaciones de pobreza el dicho de tres testigos contestes y libres de toda escepcion, y sin embargo, puede declararse pobre y se declara en efecto á la persona que esté mas distante de serlo. Las garantías que la ley exije á los testigos, ni son ni podrán ser nunca bastantes para que el juez pueda conocer por ellas la verdad de las declaraciones. La buena fama se supone mientras no se prueba la mala, que existe muchas veces sin que se intente siquiera su prueba por ser imposible. La imparcialidad se supone mientras no hay tacha legal, y aun sin haberla pueden ser infinitos los motivos de parcialidad que impulsen al testigo á faltar á la verdad. El buen criterio habrá algun caso en que el juez no pueda apreciarlo, y apreciéle ó no, es mas posible la falsedad en testigos de buen criterio que en personas torpes; aquellos suelen tener malicia para preveer y librarse de toda contradiccion, á la vez que estas incurren en ella lastimosamente; en fin, es necesario convencerse de que sobre esta materia no hay regla general posible, cada testigo es un misterio y el juez es el llamado á descubrirle por los medios que le sugieran las circunstancias; dictarle reglas para que lo haga, es esclavizar su inteligencia y su corazon y esponerse á sacrificar la jus-

tida en aras de la desconfianza hácia él. Ahora bien, despues de tantas circunstancias y de tantas restricciones, ¿qué significa el número de dos testigos de que habla la ley de Partida? ¿Qué fuerza ha de tener el requisito puramente esterno del número, si pueden ser infinitos los motivos internos para dudar de la verdad de sus declaraciones? Oigamos sino, lo que sobre este punto dice un eminente jurisconsulto que con su acreditada laboriosidad y talento contribuyó á la formacion de la ley de Enjuiciamiento civil. «El número de testigos es la única circunstancia que nuestras leyes anteriores á la del Enjuiciamiento civil quisieron que sirviera de norte para el fallo del juzgador: dos testigos contestes, se decia, no deben hacer plena prueba; el juez debe someter á semejante testimonio su conciencia: en nada se apreciaban las circunstancias especiales de los testigos mientras no eran motivo de tacha legal: el número, no la calidad debia considerarse; en una palabra, los testigos no se pesaban, sino que se contaban. Esto pareció á la Comision, absurdo, insostenible; el derecho romano lo rechazó; quiso y con razon dejar en este punto á la ciencia y conciencia de los jueces la apreciacion de los medios que debian formar su conviccion: la sujetó inflexiblemente á lo que digeran dos testigos, desautorizados tal vez, y cuyo testimonio á fuerza de demasiado conteste, daba lugar á que se creyese que era enseñado y estudiado hasta en las palabras, y que estaba bien aprendido. Quede al juez libertad prudente y racional para formar su conviccion, no se le sujete á condiciones repugnantes, fíese mas en su buen juicio y en su responsabilidad y no se le convierta en un autómata degradando su alto ministerio. Cuanto mas se ensalcen las instituciones judiciales, mas ganará la justicia, mas ganará el país. Por esto la comision, separándose del derecho anterior, proclamó un principio mas antiguo, mas racional, mas filósofico, á saber: que los jueces y tribunales, apreciarán segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.» Estas autorizadas palabras del Sr. Gomez de la Serna (1), pueden considerarse como una interpretacion auténtica del art. 317, interpretacion que corrobora nuestra opinion antes manifestada.

Preséntase, sin embargo, como argumento contra esta doctrina, el art. 319 y siguientes de la ley que hablan de la prueba de tachas. Si el dicho conteste de dos ó mas testigos, se dice no hiciera

(1) Motivos de la ley de Enjuiciamiento civil.

prueba plena, ¿de qué sirviria la alegacion de tachas? ¿Para qué desvirtuar sus declaraciones? ¿Para qué admitir la prueba de testigos? Bien sencillo es contestar á estas preguntas. La alegacion de las tachas no serviria para nada si no se probasen; pero como se alegan para ser probadas; como con hechos puramente esternos de que el juez ha de adquirir conviccion por medio de la prueba; como que sin esta el juez no podria ejercer su sana crítica é investigar la verdad de aquellos hechos, por eso se exige la alegacion y la prueba de las tachas, como uno de los medios de investigar la verdad y por consiguiente una de las reglas de la sana crítica que el juez apreciará debidamente segun las circunstancias. No hablarémos ahora del sentido en que debe tomarse la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de octubre de 1856, porque nos reservamos examinar separadamente estas y otras sentencias que no son por cierto un argumento poco fuerte en contra de las doctrinas que nos tomamos la libertad de combatir.

Pero la ley 32 contiene además otros preceptos de no menos importancia que el anterior. Tales son, el exigir cierto número de testigos para determinar la fuerza ó validez de los instrumentos públicos cuando esta se disputa, y el manifestar que el dicho de un solo testigo, cualesquiera que sean sus circunstancias, á escepcion del Emperador ó Rey, no hace prueba en juicio.

En cuanto á lo primero, se indica que las disposiciones de la Ley no dejan de estar fundadas en las reglas de la sana crítica, pues parece muy racional que concurra un mayor número de testigos para desvirtuar el testimonio del escribano y de los testigos instrumentales. Esto parece racional, en efecto; pero no lo parecerá nunca que la Ley exija el número determinado de dos, cuatro, cinco ó siete testigos contestes y presenciales del hecho; porque esto es lo que condena el buen sentido, el art. 317, y lo que nos conduciria á absurdos tan lamentables como el que tuvo que sancionar la Sala primera de la Audiencia de Valladolid en el caso que hemos mencionado. Respecto de lo segundo, es decir, de la fuerza del testimonio de un solo testigo, se presenta la doctrina corriente y conforme con los principios de la ciencia; pero que está muy lejos de ser la doctrina de la ley 32 que dichos comentadores citan y que se contiene en estas palabras:..... «Mas por un testigo decimos que ningund pleyto, non se puede provar, cuanto quier que sea ome bueno é honrado, como quier que faria gran pre-

suncion al fecho sobre que atestiguase. Pero si el *emperador ó rey* diese testimonio sobre alguna cosa, decimos que abonda para provar todo pleyto.» No hay duda de que por estas palabras se rechaza absolutamente el testimonio de un sólo testigo por mucha que sea su buena fama y honradez. De aquí se dedujo por los jurisconsultos un principio falso en el terreno científico: *vox unius, vox nullius est; unius omnino testis responsio non audiatur*; como si no fuera posible que esa única declaracion estuviera corroborada con otros adminículos resultantes de los autos, en cuyo caso el juez no podria impunemente negar el valor á ese único testimonio, que sin embargo rechaza de un modo absoluto, la tantas veces citada ley 32. Hacemos esta advertencia, para que se comprenda que en esa ley no está la regla de sana crítica respecto del testimonio único, sino en la doctrina de los jurisconsultos, que nosotros tambien no podemos menos de admitir. Mucho pudiera decirse sobre la fuerza que la ley de Partida dá al testimonio del emperador ó rey; pero nos concretarémos á indicar, que si ese precepto estaba entonces conforme con las circunstancias, hoy seria un verdadero anacronismo, cuyos efectos llegarian en algun caso á atacar la independencia del poder judicial, sin la que dejaria de ser poder.

Habiendo demostrado evidentemente que la ley 32, tít. 16 de la Partida 3.ª ha sido derogada por el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil, vamos á ocuparnos ahora del exámen de las otras leyes que en concepto de los citados autores consignan las reglas de la sana crítica que los jueces deben seguir en virtud del art. 317. Tales son las leyes 40 y 41 del título y Partida citados. En la ley 40 se dice: que cuando los testigos presentados por una parte fueren contrarios á los presentados por la otra, debe creer el juez á aquellos que *entendiere que dicen la verdad, ó que se acercan mas á ella, ó que son omes de mejor fama é de mejor derecho*, aunque los otros que digesen lo contrario *fuesen mas*: que si hubiese igualdad absoluta en los testigos en razon de sus personas y de sus dichos, *porque tambien los unos como los otros fueren buenos, é cada uno de ellos semejase que dicen cosa que podria ser, debe creer á los testigos que se acordaren y fueren mas*, y juzgar en favor de la parte que los presentó: y en fin, que si los testigos presentados fuesen tantos de una parte como de otra é iguales en sus dichos y en su forma, debe el juez absolver al demandado. Estas tres reglas merecen un delicado exámen para conocer si son de recta ó de torcida crítica.

La primera no es digna de semejante nombre: es uno de tantos períodos como hay en las leyes de Partida en que D. Alonso el Sábio tuvo pretensiones de decir mucho y realmente no dijo nada. En efecto, ¿cuál es la regla de crítica que aquí consigna; cuál la duda de que á los jueces saca? Ninguna; porque decir que cuando los testigos de ambas partes sean contrarios en sus dichos, debe el juez creer á los que entendiere que dicen la verdad, ó que se acercan mas á ella, ó que son de mejor fama, aunque los que digan lo contrario sean mas, es dejarle completamente abandonado á su propio criterio para la apreciacion de esas contradicciones, pues que no dice ni mas ni menos, que crea á aquellos que *entiende que dicen la verdad, ó que se acercan mas á ella*; ó *que son de mejor fama, aunque los contrarios fuesen mas.* ¿Pero se dice aquí á los jueces cómo han de hacer para entender si los testigos dicen la verdad ó se acercan mas á ella? ¿Se dice si la apreciacion de su buena fama podrá hacerse por el juez fuera de aquellos casos en que se hayan alegado y probado tachas legales? ¿Una regla de sana crítica que todo lo deja al criterio del juez, es regla verdadera, ni se aproxima siquiera á serlo?

Menos importante es todavía la segunda, que como ya hemos visto declara: que habiendo igualdad en las declaraciones de los testigos por razon de sus personas y de sus dichos, *porque tambien los unos como los otros fuesen buenos, é cada uno de ellos semejasen que dicen cosa que podria ser debe creer á los que se acordaren y fueren mas y juzgar en favor de la parte que los presentó.* Esta regla deja de serlo, no solo por su vaguedad, sino principalmente por una grave contradiccion que contiene, pues al suponerse en ella el caso de la igualdad de los testigos por razon de sus personas como de sus dichos, porque son buenos los unos como los otros, porque todos dicen cosa que podria ser, dice á continuacion que se crea á los que se acordaren y fueren mas. A primera vista se comprende que si unos testigos se acuerdan y otros no, ó se acuerdan mas unos que otros, no hay *igualeza*, como dice la ley, en sus dichos, y por consiguiente esta regla carece de base, ó favoreciéndola algo mas, es bastante confusa.

La tercera y última que supone el caso de ser iguales los testigos de ambas partes, por razon del número, de sus dichos y de su fama, debiéndose absolver entonces al demandado, mas que regla, es escepcion, porque en raros casos se verificará, y mas que regla

da sana crítica para investigar la verdad de los hechos, es la antiquísima regla de procedimiento, *actore non probante reus est absolvendus*; pero en ella no se presenta medio alguno á los jueces para hallar la realidad de los hechos, sino que partiendo de la hipótesis de que es imposible encontrarla, se manda absolver al demandado. De suerte, que en nuestra opinion las tres reglas de la ley 40, que acabamos de analizar, nada dicen á los jueces que pueda guiarles en el difícil sendero de la investigacion de la verdad, dejan su criterio tan libre como si la ley no hubiera hablado. Veamos lo que se dice, en la ley 41.

Esta, que habla del caso de ser contrarios los dichos de los testigos presentados por una de las partes, se limita á manifestar lo mismo que la anterior; que el *juzgador debe creer aquellos que semejase que se acuestan mas á la verdad, maguer que los otros fueren mas*, lo que claramente hablando no significa otra cosa que advertir al Juez: *tu tienes obligacion de buscar la verdad, cumple con ella.* ¿Y es esta por ventura alguna regla de sana crítica? ¿y esto ofrece á los jueces algun medio de conocer la verdad? No podemos pues concebir como se ha dado tanta importancia á las reglas consignadas en estas leyes, cuando no son mas que vagas indicaciones confusas, contradictorias, ó impertinentes.

Pero oigamos lo que dice la 29 del título 16, Partida citada. Ocúpase esta ley, de los casos en que es admisible el testimonio *ex auditu* y dispone que cuando se litigue *sobre lavores antiguas querellándose algunos de lavores altas que fueran fechas por manos de omes, é corren aguas que les facen daño en sus heredades é en sus casas, é piden al juzgador que las mande toller ó abajar, que en estos casos vale el testimonio de oida, seyendo dicho de esta manera, dijo que el agua que corre de tal lugar á tal que face daño, é de aquel lugar de que corre que fué fecho por mano y si fuese preguntada porque lo sabe, y respondiere que lo oyó decir á otros que lo vieron hacer, y que así era fama entre los hombres, basta para el demandante; pero si los testigos digeran que ni vieron ni oyeron decir que aquella obra fuese hecha por mano de hombre, sino que se creia comunmente entre los hombres que era obra de la naturaleza, que tal testimonio cumple al demandado. Mas en otro pleito*, continúa, *non debe ser cabido testimonio de oida.* Parécenos que las reglas que esta ley dicta, no podrán aceptarse por nadie en estos tiempos, como reglas de sana crítica. Cuando se trata de probar si

una obra procede de la mano del hombre ó de la naturaleza, por muy antigua que esta obra sea, la prueba que procede, la prueba que ilustra al Juez, es la prueba pericial, con preferencia á todas; por lo demás, la comun de testigos, no *ex visu* sino *ex auditu*, es una prueba supletoria, que solo podria aceptarse como recurso estremo, á falta de toda otra, y aun así y todo y acompañada de la *vista ocular* sería peligrosísimo fallar, sin ver el dictámen razonado de los mismos testigos competentes, los peritos.

Demostrado cumplidamente que en las anteriores leyes no se contienen reglas de sana crítica, sino indicaciones vagas, confusas, contradictorias alguna vez, y algunas erróneas, como sucede en la ley 29, no podemos aceptarlas con el calificativo de *reguladoras* del criterio judicial. Si el criterio de los jueces no tuviera otro regulador que esas leyes, bien pudiera decirse que estaba abandonado al acaso. Una vez consignado en la ley el principio que reconoce el artículo 317 de la de Enjuiciamiento civil, es forzoso admitirle con todas sus consecuencias, es necesario dejar á los jueces la libertad de la inteligencia sin otra restriccion que la que las reglas de la buena lógica establecen para llegar á la investigacion de la verdad. Si los autores de la nueva ley hubiesen pensado en dejar vigentes los preceptos de las de Partida, no hay que dudarlo, hubieran hecho mencion espresa de ellas, como se hizo en la regla 45 de la ley provisional para la aplicacion del Código penal, y puesto que no lo hicieron, no nos es lícito á nosotros considerar como vigente, aquello que no es ya mas que un monumento histórico. Y no se diga, que con esta interpretacion se exime á los jueces y tribunales de fallar *secundum allegata et probata*, no; el juez ha de formar su conviccion con arreglo al resultado de los autos dirigiendo su juicio, por medio de las reglas que le sugiere la sana crítica en el momento en que juzga, y no por reglas establecidas en otras leyes, que de admitirse, vendrian en último resultado á anular poco á poco su criterio. Si fuera posible que el legislador examinára caso por caso, todos los que se presentan en los tribunales, seguros estamos de que no se atreveria á dictar reglas de ningun género, sino que se convencería de que cada caso es un misterio que solo puede profundizar el juez cuando se le deja libre y se le guardan las consideraciones de hombre responsable. Límpiese de errores la inteligencia de los jueces; hágaseles entender que están fuera de la presion de algunos ridículos principios, como por ejemplo el de *magis creditur*

*virgini quam viduæ*, y se les verá marchar con desembarazo en el camino de la investigacion de la verdad. No opinaré yo, sin embargo, porque se adopte en este punto el *testimoniómetro* de Benthan; por mucho que el espíritu humano avance hácia el progreso, no será posible sujetarle á grados y medidas, como se ha llegado á sujetar el calórico, la humedad, etc.; es sin embargo este un error, aunque condenado al olvido, digno de inmenso respeto porque procede del talento gigante del inmortal jurisconsulto inglés, á quien la ciencia debe grandes progresos. Bastan, á pesar de esto, las reglas sencillas de la lógica para que el juez pueda averiguar la verdad hasta donde sea posible.

Si no temiéramos rebasar los límites de la cuestion, nos ocuparíamos estensamente del artículo 42 de la ley de 11 de mayo de 1849 que reguló el sistema de procedimientos del Senado; del art. 82 del Real decreto de 20 de junio de 1852 sobre delitos de Hacienda; y en fin de la regla 45 de la ley provisional dictada para la aplicacion del Código penal; pero no queremos que se nos arguya con la diversidad de la materia, el carácter especial del procedimiento y la diferencia de Tribunales. Bastan, sin embargo, estas citas para conocer cuál es el espíritu de la época.

Mas importante es todavía el detenido exámen de algunas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en las que se ha interpretado el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil. Todas ellas, cuya mente es absolutamente la misma, harán comprender á los que tengan alguna duda, que en el sistema contenido en ese artículo, no cabe de ninguna manera ni bajo de ningun aspecto, el sistema de las leyes de Partida. Este exámen será mas detenido de lo que comunmente se acostumbra, porque la materia es demasiado importante.

En la sentencia de 13 de octubre de 1856 pronunciada en el recurso de casacion interpuesto por el Marqués de Rianzuela contra la dictada por la Sala primera de la Audiencia de Cáceres, en pleito sobre abono de mejoras hechas en bienes que fueron vinculados, alegando, entre otros fundamentos del recurso, la infraccion de las leyes 32 y 33 del tít. 16 de la Part. 3.ª, dice el Tribunal Supremo: «Considerando que, además de que las leyes 32 y 33, título 16 de la Part. 3.ª, cuya infraccion se invoca tambien, han sido *radicalmente modificadas* por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil.....» Los citados comentadores, queriendo interpretar este con-

siderando en favor de su opinion, entienden que las palabras *radicalmente modificadas*, de que usa el Tribunal Supremo, no suponen que haya sido derogada, sino en la parte que toca al número de testigos, segun los casos. No rechazamos este argumento porque es contraproducente. La ley 32 es toda ella taxativa desde la rúbrica hasta la última palabra; de suerte que se nos concede cuanto pudiéramos apetecer.

El mismo espíritu se vé en la sentencia de 26 de octubre de 1857, dictada en el recurso de casacion interpuesto por D. Manuel Tablas, contra la pronunciada por la Sala primera de la Audiencia de la Coruña, sobre rescision de un contrato por lesion enorme y enormísima, fundado en la infraccion de la ley 32 citada, en la que el Tribunal Supremo dice en el primero de los considerandos: «Considerando que segun la apreciacion de las pruebas, *legalmente hechas con arreglo al art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil*, por la Sala primera de la Audiencia de la Coruña.....» «Considerando que al hacer aquella apreciacion la Sala, no ha cometido ninguna infraccion legal.....» «Considerando que no tiene aplicacion despues de publicada la ley de Enjuiciamiento civil, la 32, tít. 16, Part. 3.ª.....» Como se vé, se reconoce por esta sentencia la libérrima facultad de la Sala primera de la Audiencia de la Coruña, de apreciar la prueba segun lo dispuesto por el art. 317, y se declara además, terminantemente derogada, y no solo *radicalmente modificada* la ley 32, tít. 16 de la Part. 3.ª

Es digna tambien de atencion la sentencia de 2 de octubre de 1859, dictada en el recurso de casacion interpuesto por D. Bernardo Conde, contra la de la Sala segunda de la Audiencia de Valladolid, sobre usufructo y posesion de bienes de una capellanía colativa familiar, en cuyo primer fundamento de derecho se dice: «Considerando que la prueba practicada en estos autos es la testifical, la cual ha sido apreciada por la Sala sentenciadora de conformidad con lo dispuesto en el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, no procediendo por tanto contra esta apreciacion el actual recurso.» la misma doctrina exactamente que en las sentencias anteriores.

En 2 de marzo de 1857 recayó otra en recurso de casacion interpuesto por D. Ildefonso Vicente de Urrutia, contra la sentencia definitiva de la Sala primera de la Audiencia de Madrid, en pleito sobre pago de una pension, en cuyo segundo considerando se dice: «Considerando que para probar su intencion, y en pago de la de-

manda, hizo uso el actor como único medio de prueba de la de testigos; la que ha sido apreciada por la Sala sentenciadora, al decidir la cuestion de hecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil.»

Es muy notable tambien por el explícito lenguaje que en ella se usa, la dictada en 23 de diciembre de 1857 en recurso de casacion interpuesto por D. Antonio Fiol y Rullaad contra la sentencia de la Sala segunda de la Audiencia de Mallorca, en pleito sobre donacion, en cuyo primer considerando se dice: «Considerando que los tribunales deben apreciar, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, con arreglo á lo dispuesto en el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, y que en la apreciacion que ha hecho la segunda de la Audiencia de Mallorca, con sujecion al artículo citado, no ha infringido las leyes que se citan en el recurso, y que solo pueden considerarse vigentes en cuanto no se opongan á la última.»

Por sentencia de 8 de febrero de 1858, dictada en el recurso de casacion interpuesto por D. Vicente Puiggalí, contra la de la Sala primera de la Audiencia de Barcelona, en pleito sobre pago de una cantidad, tiene tres notables considerandos que copiamos á continuacion: «Considerando que la Sala primera de la Audiencia de Barcelona, apreciando del modo que lo ha hecho en los fundamentos de su sentencia, las pruebas presentadas por las partes en este pleito, obró en uso de las facultades que le concede el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil.» «Considerando que promulgada dicha ley, carece de aplicacion, en casos como el presente, la 32, título 16, Part. 3.ª, que es una de las que se suponen infringidas por el recurrente.»

«Considerando que la ley 114 y 119 del tít. 18 de la indicada Partida igualmente citada como infringida, en su referencia á documentos privados exigen para su validez y eficacia en juicio la posterior disposicion de testigos, aun la de aquellos presenciales del acto, cuyos nombres aparezcan en el documento, que son por lo mismo, con arreglo á lo prescrito en el citado artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento, tan inaplicable como la primera al presente recurso, y que ninguna de ellas por consiguiente ha sido infringida en la sentencia de cuya casacion se trata.»

En 27 de febrero de 1858, se dictó otra en recurso de casacion interpuesto por doña Benita Peinsa, contra la sentencia pronuncia-

da por la Sala primera de la Audiencia de la Coruña, en pleito sobre lesion enorme en la venta de un prado, en que se dice: «Considerando que al calificar la referida Sala el mérito de la prueba testifical, en uso de las facultades que le concede el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, no ha infringido ninguna disposicion legal.»

En fin, es digno de especial mencion, por el contraste que forma con los anteriores, la sentencia de 26 de marzo de 1858 *en recurso de nulidad* interpuesto por D. Manuel Iturralde, contra la dictada en revista por la Sala tercera de la Audiencia de Búrgos en pleito sobre entrega de cantidad procedente de premio de lotería, en cuyo 7.° considerando se dice: «Considerando que es jurisprudencia inconcusa de este Tribunal Supremo que en las cuestiones de puro hecho la simple apreciacion de las pruebas, mientras se encierra en los límites que las leyes fijan á la crítica racional y judicial criterio del Tribunal sentenciador, no son objeto del recurso de nulidad.»

De las ocho sentencias cuyos considerandos relativos á la cuestion que nos ocupa, hemos transcripto, resultan consideraciones importantes sobre la apreciacion de la prueba testifical. El artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, ha recibido con las decisiones del Supremo Tribunal, el carácter de jurisprudencia práctica, y no acertamos á comprender cómo despues de dictada la primera, se ha seguido alegando, sin embargo, repetidas veces como fundamento de casacion, la infraccion de las leyes de Partida en esos recursos citadas. Esta es una de tantas pruebas como tenemos de que la ley de Enjuiciamiento ha abierto de par en par las puertas del recurso de casacion, por donde pueden entrar todos los litigantes, aun á despecho de los tribunales. Es este un mal hijo de la ley, cuya reforma se hace necesaria por momentos. De otra manera, repetimos, no se comprende cómo despues de haber manifestado terminantemente su opinion el Supremo Tribunal de Justicia, se ha insistido por las partes sin haber motivo de duda.

Como se deduce á primera vista de la lectura de los considerandos de las sentencias de 13 de octubre de 1856, 26 de octubre, 9 de marzo, 2 de octubre de 1857 y 27 de febrero de 1858, el artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, *ha modificado radicalmente* las leyes 32 y 33, tít. 16 de la Partida 3.ª, segun se dice en la primera sentencia; que no tienen aplicacion posible despues del artículo 317, segun se afirma en la segunda; que la única norma

para apreciar la prueba testifical, es dicho artículo 317, segun se dá á conocer en la 3.ª, y en fin, que al calificar los tribunales el mérito de la prueba de testigos de conformidad con ese artículo, no infringen ninguna disposicion legal, segun se manifiesta en la 4.ª No creemos posible que hasta aquí se pueda suscitar ninguna duda sobre la inteligencia del artículo 317. El Tribunal Supremo de Justicia en estas cuatro sentencias dá á conocer de un modo bien terminante que la disposicion del artículo 317 lleva envuelta la derogacion, no solo de las leyes 32 y 33 del tít. y Part. citado, sino la de todas las demás que hablan del valor de la prueba de testigos, pues que si bien en esas sentencias no se hace mencion de todas las leyes de Partida referentes al asunto, al declararse el valor del artículo 317 citado, no se dice que quede vigente bajo ningun concepto algunas de esas mencionadas leyes, sino que al contrario, se sienta el principio de que los tribunales de justicia al apreciar el valor de los testigos, segun el artículo 317, están dentro de su terreno y no infringen ninguna disposicion legal.

Necesario es ,sin embargo, examinar con imparcialidad las otras sentencias, que á primera vista no parecen tan claras como las anteriores, y como la cuestion es vital para el procedimiento civil, no economizarémos ninguna consideracion que pueda ser necesaria, aun á riesgo de que se nos califique de prolijos.

La sentencia de 23 de diciembre de 1857, despues de sentar el principio de las anteriores, de que los tribunales deben apreciar segun las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, dice, que la Sala segunda de la Audiencia de Mallorca no ha infringido las leyes que se citan en el recurso, *y que solo pueden considerarse vigentes en cuanto no se opongan á la última, es decir, al art.* 317. Parece que por las últimas palabras de este considerando se dá todavía algun valor á las leyes de la Partida 3.ª, 32 y 40 del tít. 16, puesto que se dice que solo se podrán considerar vigentes, en cuanto no se opongan al art. 317. Antes de ahora hemos examinado estas leyes y hemos visto, que la 32 es taxativa en todas sus partes é incompatible absolutamente con el art. 317; y que la 40, si alguna regla de sana crítica contiene es vaga, confusa y contradictoria, y mas bien que regla de esa índole, es un principio de procedimiento mal espresado, por consiguiente no hay siquiera posibilidad de que estas leyes dejen de oponerse al art. 317.

Por la sentencia de 8 de febrero de 1858, se supone en la Sala sentenciadora la facultad de apreciar la prueba segun el art. 317 citado, y á continuacion se dice *que es inaplicable en casos como el presente la ley 32, tit. 16 de la Part. 3.ª*, que se supone infringida; de cuyas palabras parece inferirse que en otros casos diferentes del que es objeto de la sentencia, podrá aplicarse esa ley, á pesar de lo dispuesto en el art. 317. Sin embargo no creemos que tal haya sido la mente del Tribunal Supremo de Justicia, pues basta leer la ley 32 y ver que en ella la fuerza de los testigos se hace depender del número determinado de 2, 5 ó 7, segun los casos, y se comprenderá que la tal ley no puede ser aplicable nunca, por oponerse al artículo 317.

Si alguna duda nos pudiera caber respecto á la doctrina que venimos sosteniendo, quedará completamente desvanecida con sólo observar el contraste notable que forma el lenguaje del Tribunal Supremo de Justicia en las sentencias dictadas sobre recurso de nulidad, segun las antiguas leyes, y las que ha pronunciado en los recursos de casacion, con arreglo á la de Enjuiciamiento civil. Para conocer ese contraste, bastará fijarse en un considerando de la sentencia de 26 de marzo de 1858, ya citada, en el que se dice su jurisprudencia inconcusa del Tribunal Supremo, que en las cuestiones de puro hecho, la simple apreciacion de las pruebas, *mientras se encierra en los límites que las leyes fijan á la crítica racional y judicial criterio del tribunal sentenciador, no son objeto del recurso de nulidad.* Esta sentencia recayó en un recurso de nulidad, sustanciado por supuesto segun la práctica antigua, y en el que la apreciacion de las pruebas, se hizo con arreglo á las leyes de Partida; por eso se esplica que el Supremo Tribunal hable de *límites que las leyes fijan á la crítica racional y judicial criterio*; palabras que no se han vuelto á usar, ni por incidencia, en decisiones sobre recursos de casacion sustanciados, segun la ley de Enjuiciamiento civil; lo que prueba terminantemente, que si antes de esta el criterio judicial se hallaba limitado por las leyes, hoy no tiene mas límites que *las reglas de la sana crítica* de que habla el artículo 317, y que lejos de hallarse consignadas en ninguna ley anterior, son para los jueces y tribunales, las de la lógica que conducen á la investigacion de la verdad.

Al llegar aquí, despues de haber demostrado evidentemente en nuestro humilde concepto, que el art. 317 de la ley de Enjuicia-

miento civil ha derogado todas las leyes de Partida que establecian reglas acerca del modo de apreciar la prueba de testigos, ha sustituido al antiguo *criterio legal*, el *racional criterio de los jueces* y *tribunales*, parece que deberíamos concluir con un juicio comparativo entre el antiguo y el nuevo sistema para optar por alguno de ellos; pero esto seria dar demasiada estension al artículo, en el que por otra parte, nuestro principal objeto no ha sido otro que ventilar una cuestion práctica de inmensa importancia para nuestro procedimiento civil.

**Cayetano Poblacion y Fernandez.**

---

## DE LA ADVERACION DE LOS TESTAMENTOS EN ARAGON.

En Aragon se puede hacer el testamento nuncupativo ó abierto ante el párroco y dos testigos, observando las mismas solemnidades que en el testificado por notario. Así se otorgan en donde no hay tal funcionario público, ó cuando no puede aguardarse su llegada por hallarse el testador en grave riesgo de morir. Para que el testamento hecho ante el párroco surta su efecto, es además, indispensable, que se eleve á acto público por medio de la adveracion, y esta se ejecuta del modo siguiente: á solicitud de los albaceas ó de cualquiera que tenga interés en el testamento, lo presentan al párroco y testigos que intervinieron en él, delante de las puertas de la iglesia parroquial, ante el juez ordinario de la poblacion, que debe estar acompañado de un notario y dos testigos. El juez, entonces, abierto el libro de los Evangelios, manda que se lea la cédula ó papel que contiene la disposicion testamentaria, y despues de jurar el párroco y testigos que aquella es la verdadera disposicion del testador, y que éste les rogó que dieran testimonio de ello, el notario forma acta de todo, insertando la referida disposicion. Sin ejemplar en contrario se ha observado lo dicho con arreglo á los fueros 1.° de *tutoribus* y 1, 2 y 3 *de testamentis*, hasta que D. Serapio Rubio suplicó á la Audiencia de Zaragoza, por conducto del juez del partido, que se sirviera declarar la práctica que debia observarse en la adveracion de testamentos; y con fecha 7 de noviembre de 1857, co-

municó la providencia que á la letra copio.—«Contéstese al juez de primera instancia de Daroca *que las adveraciones de testamentos deben hacerse como acto de jurisdiccion voluntaria* y en el modo y forma ordenado en la Ley de Enjuiciamiento civil, y que una vez practicadas en el juzgado las diligencias necesarias para acreditar la verdad del testamento de palabra, debe remitirlas á un escribano numerario, conforme á lo dispuesto en los artículos 1388 y 1389, para que lo eleve á escritura pública, y el escribano remitir al juzgado un testimonio del dia en que hubiere tenido lugar tal acto, y del número y fólio que ocupe en su protocolo.»

Al contestar á una consulta relativa á la fijacion del dia desde el cual debe empezar á correr el término para retraer, dijeron muy oportunamente los ilustrados Señores Directores de la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, que la Ley de Enjuiciamiento debió salir y salió al encuentro de opiniones diametralmente opuestas. Allí se comprende que pudo hacerse sin destruir la base, pero no sucede lo mismo en el caso de que me ocupo, porque el procedimiento es consecuencia precisa de los fueros, á los cuales se arregla la testamentificacion. Voy á demostrarlo. Todo el título 11 de la segunda parte de la nueva ley, se refiere al modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra. ¿Y puede calificarse de tal, el que por legislacion especial se otorga en Aragon ante el párroco y dos testigos, escrito y firmado con las mismas solemnidades que el que se recibe por notario? Y si el que así se hace se considera escrito, ¿qué dirémos del que segun costumbre otorgan los enfermos del hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, ante cualquiera capellan del establecimiento y dos testigos, surtiendo así todos sus efectos? Uno y otro distan mucho del propiamente llamado testamento de palabra. Este debe hacerse ante cinco, y si no pudieren ser habidos, ante tres testigos vecinos del lugar en que se hace la disposicion, ó ante siete que no lo sean; y aquellos ante el párroco y dos testigos, ó ante el capellan del establecimiento y dos testigos; de manera que para estar en su lugar lo dispuesto por la Audiencia, es precisa la abolicion de costumbre y fueros regnícolas, porque si al párroco ó capellan no se consideran, en sus respectivos casos, como personas autorizadas, tampoco debe considerarse bastante el número de testigos, ni la diferencia de hallarse escritas y firmadas las últimas disposiciones.

Si lo espuesto no fuera suficiente para convencer de que el in-

dicado título 11 no ha podido referirse á la adveracion, ni alterar ó modificar los fueros aragoneses, será la prueba mas concluyente que se puede ofrecer: la de la incompatibilidad. Segun el art. 1387 de la citada ley, ha de resultar de las declaraciones clara y terminantemente: 1.° El propósito deliberado que tuviere el testador de hacer su última disposicion: 2.° La institucion de heredero, ó el destino que el mismo diera á todos sus bienes ó parte de ellos: 3.° Que los testigos y el escribano en su caso han oido de boca del testador, y en un solo acto, su disposicion: 4.° Que los testigos son los que exige la Ley, y reunen las cualidades que la misma establece. Y segun los fueros es inoficioso é improcedente lo dispuesto en el caso 1.°, porque consta el propósito del testador, no solo deliberado, sino tambien llevado á efecto en todas sus partes: lo propio sucede con lo ordenado en el segundo, porque del mismo testamento resulta la institucion de heredero, ó el destino dado á los bienes: es igualmente supérfluo el contenido del 3.°, porque el párroco y testigos suscriben lo mismo que el testador dictó y firmó; y es tambien incompatible lo prevenido en el 4.° porque si los fueros son bastantes para que los testamentos se otorguen ante el párroco y dos testigos deben serlo tambien para que se adveren en el modo y forma que los mismos disponen.

A pesar de mi conviccion no niego que podrán ser de mas ó menos valor las razones que motivaron la providencia en sentido contrario, pero hay que concederme el interesante servicio que presto á mi país, poniendo los medios que están á mi alcance para conseguir la uniformidad; porque en unos partidos judiciales se elevan á escritura pública los testamentos recibidos por los párrocos, con arreglo á lo dispuesto por la Audiencia, en tanto que en otros se adveran segun previenen los fueros, y seria muy triste que se suscitaran cuestiones sobre la validez de los últimos, cuando ya no hubiera remedio para reparar los daños, por haber fallecido todas ó cualesquiera de las personas que en cada acto debieron intervenir.

**Pascual Fraxno.**

# SOBRE EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN ESPAÑA

## POR LETRADOS ESTRANJEROS.

---

*Dictámen de la Fiscalía del Tribunal Supremo de Justicia.*

El Fiscal dice: Que la Real Audiencia de..... eleva á S. M. por conducto de este Supremo Tribunal una reverente esposicion con motivo de haberse concedido á D. N....., abogado venezolano, permiso para ejercer su profesion en los Tribunales y Juzgados de la Isla. Consulta la Audiencia á S. M.:

1.° Si el permiso para abogar se entiende prévia naturalizacion del interesado. 2.° Si igualmente se ha de entender prévia la incorporacion en la Audiencia que practican todos los abogados no recibidos en ella.

El Fiscal cree que debe hacer algunas indicaciones del derecho constituido, respecto á todos los que siendo estranjeros pueden ser habilitados para el ejercicio de una profesion científica.

Dos medios hay para que puedan ejercer los procedentes de establecimientos literarios estranjeros, una profesion científica en España. Consiste el primero en la incorporacion de sus títulos en las Universidades españolas; el plan vigente de Estudios de 28 de agosto de 1850, señala en su artículo 54 el modo de autorizarse esta incorporacion. No es del caso examinarlo aquí, porque reemplazando los títulos españoles en este caso á los títulos estranjeros, se acomodan en todo á las mismas reglas los que los han obtenido.

El otro medio es la habilitacion temporal ó perpétua que con arreglo al mismo plan y su art. 56, puede conceder S. M. precedido el dictámen del Real Consejo de Instruccion pública á los profesores estranjeros que lo soliciten, siempre que acrediten la validez de sus títulos, el ejercicio de su profesion en el estranjero por espacio al menos de seis años, y el pago de la cantidad que en cada caso se señale. No sabe este Ministerio público si se habrán cumplido estos requisitos con respecto á D. N.....: lo supone, porque no es de creer que de otro modo se le hubiera concedido una habilitacion, que casi siempre conduce á hacer de mejor condicion á los estranjeros que á los súbditos de S. M. Y en prueba de ello, baste observar que en

Francia son suficientes tres años de jurisprudencia para obtener el título de licenciado en derecho al mismo tiempo que se requieren siete en España, que es una de las naciones en que es mas larga esta carrera.

Pero suponiendo llenas estas circunstancias, nacerán todavía las dificultades que para el ejercicio de la abogacía suscita oportunamente la Audiencia de..... En efecto, no es lo mismo el ejercicio, por ejemplo, de la farmacia, ó de la medicina que el de la abogacía. El abogado no ejerce un oficio privado, sino un cargo esencialmente necesario para la administracion de justicia; no se limita á postular, frecuentemente se asocia como asesor á las funciones del juez, y hasta es erigido en juez por la voluntad de las partes. De aquí nace la primera dificultad; ¿pueden abogar los estranjeros en los dominios españoles?

Difícil es conciliar el juramento que tienen que prestar los abogados en el primer año de su ejercicio con la sumision que deben, si son estranjeros, al gobierno de su país. Difícil es tambien conciliar el fuero de estranjería de que gozan los no naturalizados con la dependencia en que están respecto á la jurisdiccion ordinaria cuantos como letrados intervienen en los juicios del fuero comun por lo que al ejercicio de sus funciones se refiere.

Estas consideraciones hacen que el Fiscal se incline á que solo debe permitirse á los naturalizados el ejercicio de la abogacía; pero si el Tribunal no lo creyese asi, deberian por lo menos limitarse las funciones de los abogados estranjeros á la postulacion, y consulta, y de ningun modo al desempeño de funciones de asesor, de cargos fiscales, y de árbitros de derecho. Debería además declararse que en cuanto concernía al ejercicio de su profesion no gozaran del fuero de estranjería.

Si de estas consideraciones generales, aplicables á todos los abogados estranjeros, nos fijamos en el caso particular que ha promovido este espediente, no encontrarémos motivo para separárnos de la regla general. El único tratado que hay con la república de Venezuela es el de 22 de junio de 1846, y de seguro nadie comprenderá en la libertad de ejercer toda clase de industria el ejercicio de la noble y distinguida profesion de la abogacía.

El segundo punto que consulta la Audiencia es de mas fácil resolucion en el sentir del Fiscal. No puede hacerse al abogado estranjero de mejor condicion que al abogado español; no puede por lo

tanto dispensársele con justicia de lo que á este se le exige, y mucho menos de cuanto conduce á acreditar que es abogado.

Al finalizar este informe debe el Fiscal llamar la atencion de V. A. hácia lo que al concluir la esposicion á S. M. dice el Tribunal esponente, que en su lealtad presagia males de trascendencia con semejantes concesiones, especialmente en las provincias de Ultramar. Y que estos presagios tienen fundamento, no puede ponerse en duda. Desde el dia en que los abogados estranjeros vengan á España á ejercer su profesion, está andado gran parte del camino para que los españoles vayan á aprender la jurisprudencia en el estranjero, y esto es mas fácil aun en donde, como en....., no hay universidad literaria. Cuán dañoso puede ser esto á la conservacion de las provincias ultramarinas, cuán perjudicial á la buena administracion de justicia, cuán funesto para nuestras escuelas es por demás encarecerlo. Si es conveniente que la juventud española se eduque en España, esto sube mas de punto cuando se trata de las provincias ultramarinas y de la ciencia del derecho, que bajo el punto de vista práctico y nacional solo en los dominios de España será bien entendida y estudiada.

En este sentido cree el Fiscal que debe informar V. A. al elevar al Gobierno la esposicion de la Audiencia, ó como estime mejor. —Madrid 11 de febrero de 1856.

**Gomez de la Serna.**

---

# DERECHO PENAL.

*El que no devuelve una cantidad recibida á calidad de depósito sin otra formalidad, y lo confiesa en escritura pública, ¿puede ser procesado criminalmente por no devolverla?*

Tal es la cuestion iniciada por Vds. en su apreciable REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, y en sentido negativo resuelta en la entrega del último mes de noviembre, pero á la cual me permitirá su bondad hacer observaciones, indicadas por Vds. anticipadamente, y cual todas las mias, sometidas á su ilustrado criterio.

Dejando aparte los exagerados pactos y garantías escesivas á que Vds. se contraen, que justamente reprueban y considero ajenas de las buenas conciencias y de la ley de 14 de marzo de 1856, disposicion méramente permisiva, reduciendo el contrato dentro de los verdaderos límites, entiendo que debe tener lugar el procedimiento criminal en el caso de insolvencia indicada, bien se considere como mútuo ó préstamo, bien como depósito ú otro contrato análogo, ya se crea que tuvo lugar por él la traslacion de dominio, ora se niegue que haya habido concesion dominical; porque dos clases de valores se hallan en todo numerario comprendidos, uno el valor concreto con las formas, modificaciones, etc.; otro el valor abstracto, ideal, estrínseco á la moneda, valores fijo é intransitivo éste, movible y traslativo aquel, á disposicion del deudor el primero, como lo es del acreedor el segundo.

Bajo este concepto, pues, es que el Código penal castiga toda distraccion de cantidades y valores, ora se verifique con violencia (art. 431), ora sea con solo ánimo de lucrar (art. 437), bien usurpando (art. 440), bien alzándose con sus bienes en perjuicio de sus acreedores (art. 443,) ya sea constituyéndose alguno en insolvencia por ocultacion ó enajenacion maliciosa (art. 448), como defraudando las sustancias, cantidades ó calidades de las cosas debidas (art. 449), ó, por último, apropiándose dinero ú otros efectos recibidos en depósito, comision, administracion ú otro título obligatorio, segun el art. 452.

Así que, no pudiendo los particulares, como Vds. dicen muy bien, alterar ni cambiar el derecho público, no estando á su arbitrio tampoco modificar al menos sustancialmente el uso y concepto de los espresados valores, es forzoso convenir en que, si no por un artículo, por otro, deben reputarse penadas las omisiones referidas que caen precisamente bajo la accion criminal y sus defensores y guardadores legales, al parecer sin la menor duda, aunque se halle abolida la prision por deudas, con razon ya pedida por Vds., mediando hechos vituperables.

Y no podia ser de otra manera, atendido el espíritu que presidió á la redaccion del Código citado, si la propiedad y derechos privados han de quedar á salvo por completo: en mal hora saldria á luz el capital, palanca del comercio y auxilio eficaz de la industria y agricultura, si hubiera de sumergirse entre los amaños de un deudor, ó bajo las aparentes y criminales necesidades de un in-

solvente; así lo ha sancionado la moral pública, y mas que todo, las prescripciones religiosas que traducen en robo y defraudacion la dilacion misma.

Sírvanse Vds. ahora añadir lo que gusten en vista de esto á su afectísimo atento S. S. Q. B. SS. MM.—JOAQUIN MANUEL DE MONÉR.

*Contestacion.*

Recordarán nuestros lectores que en las páginas de LA REVISTA ni directa ni indirectamente hemos sostenido que no fueran penables los actos comprendidos en los artículos del Código penal á que se refiere nuestro ilustrado suscritor en las observaciones que preceden. Lo que hemos sostenido es que el mutuario que no está obligado á restituir la cosa que recibió porque la hizo suya, cuando no devuelve otro tanto del mismo género, no puede ser criminalmente perseguido por esta falta de cumplimiento del contrato: lo que hemos sostenido tambien es que cuando se dan cosas fungibles por cuenta, aunque se diga que es en depósito, no hay verdadero depósito sino un simple mútuo, lo que creemos haber demostrado con las leyes de una manera concluyente á nuestro juicio.

A estas cuestiones son absolutamente ajenos los artículos del Código penal que se refieren al robo, al hurto, á la usurpacion, al alzamiento de bienes con perjuicio de los acreedores, á las quiebras é insolvencias punibles, y á las estafas y á los demás engaños que con la estafa tienen semejanza. Si por parte del mutuario que ha recibido como depósito lo que en rigor solo y esclusivamente es préstamo mútuo segun el precepto terminante de nuestras leyes hay alguno de los engaños penados en la seccion segunda, capítulo IV, título XIV, libro II del Código penal, no hay duda que deberá ser juzgado y castigado con arreglo á sus prescripciones; pero esto será por la estafa ó por el engaño que comete y concurriendo todas las circunstancias que requiere el mismo Código para que su accion sea reputada como criminal: pero mientras ninguno de los hechos espresamente señalados en el Código puedan imputarse al mutuario y solo se pretenda aplicarle lo que del depositario que no restituye dice la ley, nosotros continuarémos sosteniendo con esta que no hay semejante depósito; que lo que el Código dice del depositario que indebidamente retiene la cosa depositada no es aplicable al mutuario, por mas que los usureros quieran dando á las palabras una significacion anti-legal, convertir á la ley en instrumento de sus mez-

quinas arterías; que lo que se hace en fraude de la ley no puede aprovechar al que asi la quebranta; que no está en arbitrio de los particulares erigir en delitos los actos á que el legislador no señala pena; que ninguna pena establece contra el mutuario que no restituye otro tanto de lo recibido, tal vez porque cree que esto está bastantemente prevenido ó reprimido por la ley civil, y por último que fundándose en razones de analogía no puede la ley penal llevarse de un caso espreso á otro por inducciones.

No se crea por esto que somos partidarios de la lenidad de nuestro derecho actual respecto á los deudores insolventes: hemos indicado ya nuestra opinion respecto á este punto en el número de La Revista á que alude nuestro distinguido suscritor: creemos que no podrá dejarse de tomar en consideracion la necesidad moral que tiene el país de evitar los escándalos repetidos que todos los dias presenciamos de hombres que sobre la ruina de sus acreedores levantan su fortuna: creemos por último que no basta en el estado actual de nuestra sociedad castigar la insolvencia fraudulenta, sino que es necesario que el legislador busque por otros medios que los penales y sin salir del órden civil reprimir á los insolventes á quienes no puede echarse en cara un hecho criminal, en el sentido riguroso de la frase, pero sí actos que desdicen de la probidad, buena fé, circunspeccion y virtudes á que todos tienen la obligacion moral de arreglar su conducta.

**Los Directores de la Revista.**

---

*¿Qué pena debe imponerse por la simple entrada de ganado lanar en sitio vedado ó heredad agena, cuyo dueño no lo permita; lo mismo que referida la suposicion á ganado cabrío y heredad no arbolada?*

El punto respectivo al ganado lanar y cabrío, bajo el aspecto de la penalidad en el caso indicado, adolece en el Código de un defecto que muchos habrán notado sin duda, y sobre el cual voy á escribir unas cuantas líneas, proponiendo la solucion que me ha parecido mas lógica, y que he dado siempre en las varias consultas que se me han hecho por diferentes alcaldes.

Consiste el defecto en que siendo respectiva á otro caso la penalidad establecida para el que ahora se trata, el legislador padeció un involuntario estravío, viniendo á señalar como término de la re-

ferencia un artículo ó precepto penal de aplicacion imposible al hecho ó falta de que se estaba ocupando.

En efécto, habiendo penado con multa, y bajo tipos absolutos, los daños de mas de dos duros, causados en heredades ajenas por el ganado vacuno, caballar, mular, asnal y cabrío (teniendo en el último caso la heredad arbolado) determina en seguida bajo un tipo relativo, que es el importe del daño, la multa correspondiente al que causare el ganado lanar en cualquiera heredad, como al procedente así bien del cabrío, careciendo de árboles la heredad invadida por él (art. 487). Pasando de aquí á ocuparse (488) de la simple entrada de veinte ó mas cabezas de ganado en sitio vedado ó heredad ajena, establece que siendo aquel lanar ó cabrío (con igual suposicion de sitio sin árboles por lo que hace al segundo), se esté á lo dispuesto en el art. 496, cualquiera que sea el número de cabezas ó reses. Pues bien: prescribiendo este último artículo que «el dueño de ganados que entraren en heredad ajena, y causaren daño que no pasase de dos duros, será castigado con una multa con arreglo á la escala del art. 487 en su grado mínimo» ¿qué multa se impone en su respectivo caso por la simple entrada del ganado lanar y cabrío, cuando el art. 487, término de la referencia en el punto en cuestion, señala como base para la multa el importe de un daño que no se dá en la hipótesis en que estamos? ¿Cuál es el mínimum de esa multa, cuyo tipo no existe?

Resultando por consecuencia no estar castigado el hecho de que se trata, en el rigor del derecho escrito y de la ciencia penal podria muy bien sostenerse que no constituyendo aquel una falta, serán otros tantos casos de absolucion cuantos quiera que de la especie indicada se propongan en su respectivo juicio verbal criminal.

El derecho escrito no puede estar mas esplícito sobre este particular: «Es delito ó falta (dice el Código en su primer artículo) toda accion ú omision voluntaria *penada* por la ley.» Donde no hay pena, no hay, pues, delito ni falta.

La ciencia jurídica proclama á su vez que no cabe por vía de interpretacion establecer una penalidad no marcada en las leyes, ni llevar mas allá de sus casos la ya prefijada. La absolucion es por tanto el término preciso á que hay que venir á parar en las mencionadas hipótesis.

Yo, sin embargo, acatando esa disposicion y esa máxima que la humanidad y la filosofía consagran, no quiero exajerarlas tanto,

que se llegue con ellas á un estremo ridículo; porque ridículo es todo lo que traspasa cierto límite racional y prudente, á que se subordinan tambien muchos axiomas jurídicos, por universales y absolutos que nos parezcan.

Cuando yo tengo la conviccion íntima de que no voy á crear una penalidad arbitraria, sino á descubrir la que tiene fijada el Código, oculta tras una errata de escritura ó imprenta, no me detengo ante ese augusto principio que veda la interpretacion estensiva en el sentido manifestado, porque creo que el invocarlo en un caso como este, no seria enaltecerlo, sino degradarlo y ponerlo á nivel de una argucia ó tranquilla escolástica. Si en defensa particular podria admitirse, la ciencia debe rechazarlo, tratado el caso en abstracto.

¿Mas cuál es, en fin, esa responsabilidad pecuniaria que por vía de pena corresponde en el caso en cuestion? La que tiene prescrita el art. 497, que es la verdadera referencia del 488. Hé ahí, pues, la equivocacion del Código, como de ello convencen dos poderosos motivos: 1.°, que refiriéndose aquel á un artículo posterior, que debe hablar de ganados, y no habiendo en este caso mas que el 496 y el 497, necesariamente ha de ser este último, por no hallarse la debida congruencia en el otro: 2.°, que la primitiva edicion oficial establecia la referencia á esa propia disposicion, contenida entonces con las mismas palabras en el art. 484, así como la del hoy 488 era en aquella edicion el precepto testual del 475; correspondencia que se advierte tambien en la inversion de artículos que ocasionó la reforma de 21 de setiembre de 1848, segun la cual el hoy 488 se hizo 478, pasando á ser hoy 487 el actual 497.

Con cuyas observaciones me persuado de que sin temor alguno, sin sobresalto ni remordimientos, podrá aplicarse el art. 497 como referencia legítima del 488, siempre que se trate de la simple entrada de ganado lanar en heredades ajenas cuando no es permitido, lo mismo que respectando el caso á ganado cabrío, pero no teniendo la heredad arbolado. Yo por lo menos quedo muy tranquilo con la solucion que acabo de proponer: ni la ciencia debe darse por ofendida, ni habrá nunca otra calamidad que la de medio á cuatro duros de multa.

Sean como esa todas las vejaciones é injusticias que sufran los hombres.

**José Arias Brime.**

## CUESTION DE JURISPRUDENCIA CIVIL.

*¿Puede obligarse á un litigante ausente á que comparezca á jurar posiciones en el juzgado del juicio?*

La historia de nuestras leyes y los principios que dominan en la de Enjuiciamiento civil, manifiestan de una manera indudable que no puede obligarse á un litigante ausente á que comparezca á jurar posiciones en el juzgado del juicio, sino únicamente á declarar en cualquier estado de éste y ante el juez del lugar en que se encuentre.

El párrafo 4.° de la ley 22, tít. 1.°, libro 4.° del Código romano, decia que el litigante ausente que tuviere procurador en autos, podia jurar fuera de la provincia del juicio, ó en el lugar donde se encontrase, si el juez lo estimaba conveniente.

Las leyes de Partida aceptaron tambien, aunque de una manera mas general, este principio, y en la 22, tít. 11 de la 3.ª al designar las personas que no están obligadas á prestar la *jura ante el juez del pleito*, señalan entre otras al litigante que, por no querer venir por sí á él, tiene procurador.

Pero donde esta cuestion se resuelve de una manera mas esplícita y mas terminante es en la ley 22, tít. 5.°, Partida 3.ª, cuando dice: «Que si el principal del pleito fuere en el lugar, mandamos »que el juzgador lo apremie, é le faga venir á responder á las pre»guntas ante sí. O si fuere á otra parte, do haya otro juzgador, »debe mandar escribir las preguntas que ficieron antél, é embiarlas »selladas con su sello al otro juzgador en cuya tierra es aquel que »quieren preguntar, rogándole que constringa al señor del pleito, »é le faga venir ante sí é desque hubiere recibido la jura dél, que »le faga responder á las preguntas, é que le embie las respuestas »escritas, cerradas, selladas de su sello. E el juzgador que recibiere la carta del otro, mandamos que sea tenudo de lo facer así como »uno es dicho.»

En esta ley, pues, no solo se resuelve de una manera negativa la cuestion que nos ocupa, sino que se establece el principio de que el litigante ausente no pueda ser apremiado á jurar posiciones mas que ante el juez del lugar en que se encuentre.

Las leyes recopiladas no obligaron tampoco al litigante ausente á personarse ante el juez del juicio para evacuar las posiciones, sino que dejaron á la voluntad del contrario que el procurador con poder especial las contestase, ó que lo hiciera el mismo reo ante las justicias del lugar donde estuviese, como resulta de las leyes 2.ª y 3.ª, tít. 9.°, lib. 11 de la Novísima Recopilacion.

La Ley de Enjuiciamiento civil, compilacion en parte de nuestras antiguas leyes, aceptó implícitamente la doctrina de las Partidas cuando en el art. 292 dijo: «Que todo litigante estaba obligado »á declarar bajo juramento en cualquier estado del juicio, contesta»da que sea la demanda hasta la citacion para definitiva, si así lo »exigiere el contrario.»

La ley no dijo que todo litigante estaba obligado á comparecer *personalmente* en el lugar del juicio, sino á *declarar en cualquier estado del pleito*; y esto, lo mismo lo puede verificar ante el Juez que conoce de él, que ante el del lugar donde se halle, puesto que el juicio está en suspenso hasta que se evacuen las posiciones.

Si la ley hubiera querido que la *jura* ó las posiciones solo se pudieran tomar ante el Juez del pleito, no habria dicho tan solamente que todo litigante estaba obligado á declarar en cualquier estado del juicio, sino á *comparecer personalmente* ante el Juez de él, porque pudiendo tener lugar lo uno sin lo otro, habria tenido cuidado en ser mas precisa en sus términos, y en no dar motivo á una interpretacion contraria á lo que queria establecer.

El artículo 293 dice que el que ha de ser interrogado será citado con un dia de antelacion tan solamente, y por lo tanto, esto quiere dar á entender tambien, que aquel ha de estar en el lugar del Juez que le ha de interrogar, porque de otro modo seria inútil la citacion.

Si el pensamiento de la ley hubiera sido que el litigante ausente compareciere á contestar las posiciones ante el juez del pleito, le habria señalado un término para ello segun la distancia, como lo hizo el artículo 229 para presentarse en juicio; y no hubiera establecido el principio absoluto de que su *comparecencia habia de ser precisamente al dia siguiente de la citacion*; mucho mas, cuando no habiendo obligado á los litigantes en ningun caso á comparecer personalmente en juicio, sino á verificarlo tan solo por medio de procurador, era mas probable que no se encontrase en el lugar donde se seguia aquel.

Las posiciones, como el exámen de los testigos ausentes, pertenecen á esa clase de diligencias que, no pudiendo practicarse en el partido donde se sigue el litigio, tienen que cometerse precisamente, segun los artículos 34 y 312 de la ley de Enjuiciamiento, al Juez de aquel en que han de ejecutarse.

Si esto no fuese cierto, y las posiciones tuviesen que contestarse *precisamente* ante el Juez que conoce del juicio, el litigante de mala fé tendria siempre un arma terrible en sus manos para cansar en la lucha á su contrario.

Las posiciones, que generalmente son un medio de alargar los litigios y de prolongar los términos, serian entonces, no solo un buen recurso para conseguir esto, sino un resorte para llegar á alcanzar en una transaccion lo que difícilmente se lograría en una decision de derecho.

El litigante ausente tendria que abandonar sus negocios y sus mas caros intereses para irse á residir en el partido en que cualquiera le promoviese un pleito, ó tendria que acceder desde luego á la demanda si queria evitar mayores pérdidas.

Las posiciones, en fin, darian pábulo á la estafa; y serian el descrédito de la justicia.

Creemos, pues, que con arreglo á los preceptos legales y á lo que aconseja la esperiencia, no puede obligarse á un litigante ausente á que comparezca á jurar posiciones en el juzgado del juicio, sino únicamente á declarar en cualquier estado de él y ante el Juez del lugar donde se encuentre.

**Telesforo Gomez Rodriguez.**

---

# ENJUICIAMIENTO CIVIL.

### CONSULTA.

*¿El reconocimiento ó confesion que se presume por la ley, traen ejecucion aparejada?*

El art. 941 de la ley de Enjuiciamiento civil, dá aparejada ejecucion á cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante autoridad judicial, y á la confesion hecha ante Juez competente. Para conseguir el reconocimiento ó la confesion en su

caso, y preparar con ellas la accion ejecutiva; el art. 942 de la misma ley concede al acreedor el derecho de pedir que se practiquen las diligencias judiciales necesarias, é impone al Juez la obligacion de ordenar su realizacion. La ley citada, tanto en este artículo como en el siguiente 943, parte del supuesto de que el deudor comparece y reconoce ó niega su firma, confiesa ó niega la deuda; pero á las veces los obligados apelan á un medio de resistencia pasiva, no presentándose ante la autoridad judicial que les ha mandado comparecer. ¿Podrán en este caso aplicarse las disposiciones que para el juicio ordinario establece el art. 297? Si á la segunda citacion no compareciese el deudor á declarar, aun habiéndoles hecho la conminacion de tenerle por confeso por su rebeldía, y hecha solemnemente esta declaracion, notificándosela debidamente y no reclamando de ella en el término de cinco dias, ¿podrá considerarse el documento como reconocido y la deuda como confesada en cuanto al ejercicio de la accion ejecutiva? ¿Podrá solicitarse el mandamiento de ejecucion? ¿Deberá despacharse?—José Valverde.

*Contestacion.*

Solo los títulos que espresamente se enumeran en el artículo 941 de la ley de Enjuiciamiento civil traen aparejada ejecucion: el Juez no puede, á nuestro juicio, por razones de induccion ó analogía, estender de un caso á otro el precepto de la ley, ni forzar su letra á título de salvar su espíritu. El juicio ejecutivo, por lo mismo que es tan rápido, por lo mismo que comienza por embargo de bienes y que afecta tan gravemente á aquellos contra quienes se entabla, no debe llevarse mas allá de los casos en que esplícitamente se halla autorizado.

Ni se crea que seria conforme con el espíritu del citado artículo hacer estensiva su disposicion al caso consultado. La ley concede la vía ejecutiva fundándose en que ciertos documentos de cuya autenticidad no hay al parecer duda ó ciertas declaraciones de un individuo dadas paladinamente contra sí llevan la conviccion segura por regla general de que es efectiva la deuda. La confesion que no se presta, pero que por actos del interesado se supone, no tiene la misma fuerza: la ley solo admite esta presuncion para los efectos de la prueba dentro del término señalado para hacerla: así, y solo así, autoriza al Juez para declarar por confeso al no compareciente,

ó al que rehuse declarar ó persista en no responder afirmativa ó negativamente, á pesar del apercibimiento que se le haya hecho, y deja salvo el recurso de apelacion al que se cree agraviado con esta providencia. Todo lo que se puede conceder, pues, á esta declaracion del Juez, es el carácter de una confesion tácita, ó por mejor decir, de una confesion presunta, y la vía ejecutiva solo se dá por la confesion real, espresa y prestada en juicio con la solemnidad de derecho.

**Los Directores de la Revista.**

---

CONSULTA.

*Otorgado en segunda instancia el recibimiento á prueba por una de las causas espresadas en el art. 869 de la ley de Enjuiciamiento civil, ¿podrá utilizarse el término concedido para hacer prueba sobre otros estremos no comprendidos en el mismo artículo?*

Para que la prueba proceda en segunda instancia, segun el artículo 869 de la nueva ley de procedimiento civil, se requiere que exista cualquiera de las tres causas que en aquella disposicion se enumeran. Mas se ofrece la duda *si otorgado el recibimiento* á prueba, por existir alguna de ellas, las partes pueden utilizar esta dilacion para practicar al mismo tiempo algunas otras diligencias sobre otros estremos de los no espresados en el citado artículo; ó si necesariamente se han de reducir todos los medios que se empleen á los puntos que dieron ocasion al recibimiento, por estar comprendidos en uno de los tres casos aludidos. Mas claro: el art. 869, antes citado, ¿debe servir de punto de partida solo para abrir ó negar el término de prueba, como parece inferirse de sus propias palabras que se refieren solo al *recibimiento*, ó una vez otorgada, ha de ser la base de las articulaciones, no permitiendo á las partes que prueben otros estremos que convenirles pudieran, y acaso se omitieron en la primera instancia por error ó descuido de sus directores, ó por otras causas cualesquiera, que no sean las enumeradas testualmente en aquella disposicion legal? Cuestion es esta de suma importancia que diariamente se ofrece, y en que hasta hoy se ob-

serva diversa jurisprudencia y que reclama una solucion definitiva; pero entre tanto ¿cuál parece la mas aceptable?—José Valverde.

*Contestacion.*

El adagio jurídico *vigilantibus jura sucurrunt* es muy digno de tenerse en cuenta siempre que se trata de procedimientos judiciales, y mas cuando corren términos fatales cuyo lapso trae irreparables perjuicios á los que, interesados en aprovecharlos, dejan que trascurran sin usar oportunamente de ellos. La negligencia no puede servirles de disculpa, porque para utilidad general, para que los pleitos no se prolonguen indefinidamente se han fijado los términos dentro de los cuales cada uno deduzca sus acciones, sus escepciones, sus pruebas y sus alegaciones, sin que sea lícito al omiso, al negligente ó al mal intencionado volver atrás, ya para suplir lo que pudo hacer y no hizo, ya para vejar á su contrario con dilaciones indebidas, con pérdida de tiempo, con gastos innecesarios, y con la prolongacion de la incertidumbre, de los disgustos y del malestar que ocasionan frecuentemente los pleitos.

Cuando por circunstancias estraordinarias y en consideracion á ellas se dá cierta amplitud, ó se concede un término nuevo para la práctica de alguna diligencia, este término solo se dá para aquello que es objeto de la escepcion; sin violar la ley no puede ser llevado á otros casos que al estraordinario porque se otorgó. Por esto cuando se otorga en la segunda instancia el recibimiento á prueba, en conformidad del art. 865 de la Ley de Enjuiciamiento civil, creemos que solo puede permitirse articular la que se refiera á hechos que no pudieron probarse en la primera instancia por cualquier causa no imputable al que la solicitó, ó á hechos nuevos conducentes al pleito y ocurridos con posterioridad al término de prueba de la instancia anterior, ó á hechos ignorados antes. Salir de aquí es barrenar la ley y dar vida á derechos caducados.

**Los Directores de la Revista.**

## CONSULTA.

*¿Puede despacharse mandamiento de ejecucion contra una mujer en virtud de escritura en que contra la prohibicion del derecho se ha constituido fiadora?*

*Contestacion.*

Solo puede despacharse ejecucion en virtud de una deuda civil, porque las que carecen de este carácter, no son exigibles ante los tribunales. La obligacion de la mujer constituyéndose fiadora en los casos no esceptuados espresamente por las leyes, es nula, y no puede por lo tanto producir efecto alguno en la vía ordinaria, y lo que es consiguiente, menos aun en la ejecutiva. Su deuda no puede llamarse así en el sentido civil de la palabra, y está en el mismo caso que las obligaciones de satisfacer lo perdido en un juego ilícito, las de los hijos de familia para pagar cuando se casan ó hereden á sus padres y otras á que las leyes niegan la fuerza obligatoria. El instrumento público en que se otorgan, no les dá el valor de que carecen. Mas debe tenerse presente, que aunque por regla general las leyes prohibitivas no pueden renunciarse válidamente, no sucede siempre esto, respecto á la que prohibe que las mujeres se obliguen. La ley 3 del tít. XII de la Partida V ordena, que uno de los casos en que las mujeres que salen fiadoras, quedan obligadas *es cuando la mujer fuesse sabidora, é cierta, que non podia, nin deuia entrar fiador, si despues lo fiziesse renunciando de su grado é desamparando el derecho que la ley les otorgó á las mujeres en esta razon.* Es decir, que en este caso, mas que prohibir la ley la fianza de la mujer, se propuso evitar que por ignorancia del derecho, y por no conocer la estension de la obligacion y el peligro á que se esponia, contragera la obligacion accesoria de la fianza: si advertida de la proteccion que la ley dispensa á las de su clase, todavía insiste en salir fiadora, la ley ya no la libera de la responsabilidad que tan deliberadamente quiere contraer. Si, pues, en la escritura aparece que fué advertida oportunamente de la prescripcion de la ley, y que á pesar de esto, quiso obligarse, entonces habrá lugar al mandamiento de ejecucion, porque la escritura, atestiguando un hecho lícito, traerá ejecucion aparejada.

**Los Directores de la Revista.**

CONSULTA.

*Cuando el deudor paga despues de preparada la ejecucion por medio de la confesion judicial ¿quién debe satisfacer los gastos?*

*Contestacion.*

El art. 954 de la ley de Enjuiciamiento civil contesta á la pregunta que se hace. Dice así: *Aunque pague el deudor dentro de las venticuatro horas posteriores al requerimiento y aun en el acto de éste, serán de su cargo las costas causadas en el juicio.* Es decir, que solo cuando se ha hecho al deudor el requerimiento con el mandamiento de ejecucion, hay lugar á imponerle las costas, y que por lo tanto que si paga antes no debe satisfacerlas. Esto no debe parecer estraño porque el requerimiento es el acto que en el juicio ejecutivo equivale á la contestacion á la demanda en el ordinario. Y en esto hizo una variacion la ley de Enjuiciamiento civil en el derecho antiguo, segun el cual, cuando el deudor pagaba dentro de las veinticuatro horas contadas desde la notificacion de estado se libertaba del pago de las costas.

**Los Directores de la Revista.**

CONSULTA.

*La Ley de Enjuiciamiento civil en el art. 941 pone entre los títulos que traen aparejada ejecucion la escritura pública con los requisitos que espresa, ¿deberá limitarse la inteligencia de esta disposicion esclusivamente á las escrituras de préstamo mútuo, ó se ha de estender tambien á las escrituras de los demás contratos, como ventas y arrendamientos?*

*Contestacion.*

Nuestra opinion es que toda escritura pública en que aparezca deberse una cantidad líquida, y exigible por no estar pendiente del cumplimiento de un plazo ó de una condicion trae ejecucion pre-

parada. Ni las leyes anteriores á la de Enjuiciamiento civil ni este hacen distincion entre la causa de deber; cualquiera que ella sea, el precepto de la ley es el mismo, y por lo tanto debe ser igual su aplicacion. La ley 4 del tít. XXVIII, lib. 10, de la Novísima Recopilacion, trata de las *obligaciones y contratos y compromisos ó sentencias ú otras cualesquier escrituras que tengan aparejada ejecucion*; es decir que bastaba que se debiera, que esto constara por escritura pública, y que la deuda fuera líquida y exigible para que, segun esta ley, procediera la vía ejecutiva.

Así han entendido las leyes nuestros pragmáticos: citarémos solo dos nombres por la importancia que desde la aparicion de sus obras han tenido y que aun hoy conservan: Hevia Bolaños y Febrero. Ambos creen que la ejecucion procede siempre que la deuda es exigible y líquida, sea cualquiera la causa de que proceda; ambos hablan de deudas procedentes de dotes, de compras, y tutelas, ambos están conformes en que la escritura de arrendamiento trae aparejada ejecucion por el tiempo espresado en el contrato, aunque no por la prorogacion que se supone por el hecho de continuar despues de terminado el tiempo convenido espresamente, conformándose en esto con la opinion de Antonio Gomez, Gregorio Lopez, Diego Perez y Juan Gutierrez: ambos y con mas insistencia el primero sostienen que la deuda, el legado y el fideicomiso dejado en testamento solemne ante escribano tiene tambien fuerza ejecutiva.

La Ley de Enjuiciamiento civil ninguna novedad ha introducido en este punto: ha seguido el derecho antiguo sin hacer innovacion alguna respecto á la causa de deber; esta es del todo indiferente para el legislador que al acordar la vía ejecutiva solo busca la autenticidad del documento presentado, que aparezca deuda, que esta sea líquida y que no esté aplazada porque entonces hasta el cumplimiento del plazo no se puede pedir, ó que dependa de una condicion, porque hasta que esta tenga lugar en rigor no hay deuda.

**Los Directores de la Revista.**

## SECCION BIBLIOGRÁFICA.

**Tratado teórico-práctico de los recursos de fuerza y proteccion**; por el Excmo. Sr. D. José Alonso (Barcelona, 1860; un tomo en 8.° mayor.).

En el inmenso cúmulo de obras literarias que cada dia salen de nuestros establecimientos tipográficos, pocas, muy pocas son, por cierto, las que como las en cuyo exámen vamos á ocuparnos, merecen un lugar preferente en la biblioteca, ó mejor dicho, en el bufete de todo magistrado, jurisconsulto y hombre de Gobierno. La materia sobre que versa, una de las mas importantes de la ciencia canónica, por las íntimas relaciones que tiene con las jurídica, política y administrativa y por su diaria aplicacion, parecia que habia dado la última fórmula de su progreso en las obras de los ilustres Condes de Campomanes y la Cañada y de D. José de Covarrubias; este libro, no obstante, viene á demostrar de un modo claro y decisivo la inexactitud de este concepto, cubriendo los vacíos y aclarando los muchos puntos oscuros que se observan en las páginas de aquellas, al través del grande y justo mérito que llevan consigo. Porque la materia de los recursos de fuerza y proteccion no se hallaba espuesta en toda su amplitud, ya respecto á todos los recursos que pueden entablarse, ya respecto á cada uno de ellos, buscándolo en su orígen, en su causa y llevándolo hasta su término, hasta la sentencia del Tribunal que de él debiere conocer; estaban, sí, todos indicados con mas ó menos claridad, estaba tambien sentado el principio que debia servirnos de guia sobre este punto en el vastísimo campo de la práctica, pero no habia una obra que abarcase en su unidad todo lo referente á esta materia, sino que era preciso ir á ojear las páginas del mayor número de nuestros jurisconsultos y canonistas de los siglos 17 y 18, y aun de este modo no podiamos hallar una esposicion completa y perfecta del *recurso* que intentásemos estudiar. Parece que aquellos sábios, al escribir sobre esta interesantísima materia, habian sido víctimas de una lucha interior entre sus doctrinas científicas y otras causas propias del siglo en que vivian, que no es necesario manifestar aquí, pero que ejercian una violenta presion sobre sus rectos y puros conocimientos. Así es que cuando en medio de los negocios nos hallábamos de frente con alguno de los muchos *recursos* que se presentan cada dia, no nos satisfacíamos ni podiamos satisfacernos con registrar el tratado del Conde de la Cañada ó *las Máximas* del Sr. Covarrubias, sino que ibamos á llenar el vacío que estas dejaban en nuestro ánimo en las páginas del Obispo Covarrubias, de Salgado, Ceballos, Saleedo, etc.; y despues de todo nuestra inteligencia tenia que complementar el trabajo de

dichos escritores, ya acomodando su doctrina á las modificaciones actuales de nuestra legislacion, ya desarrollando las ideas que aquellos solamente presentaran como en gérmen. Trabajo molesto y muchas veces dificultoso, que no podrian tal vez ejecutar algunos de los que se dedican á los negocios, y que la obra del Sr. Alonso viene hoy á escusar y hacer innecesario. En una palabra, nuestra riquísima jurisprudencia nacional carecia todavía de un tratado estenso y completo sobre los *recursos* de *fuerza* y *proteccion*, y la obra del Sr. Alonso llena satisfactoria y cumplidamente este vacío.

No se crea, sin embargo, que en este libro se hallen alteraciones ó innovaciones esenciales de lo que hasta el dia era admitido sobre el punto que constituye su materia. Esto no sucede ni puede suceder. Los *recursos* que el Sr. Alonso reconoce y esplica son los reconocidos en los mejores tiempos de nuestra jurisprudencia canónica, y todos ellos, todos, sin escepcion, tienen su orígen en nuestras leyes recopiladas, y en la recta interpretacion que de ellas hicieron nuestros pragmáticos. El Sr. Alonso apoya toda su doctrina en la ley y en las autorizadas opiniones de los mas ilustres tratadistas de la escuela canónica española, nada inventa, nada innova. Su mérito relevante é indisputable, y el inmenso servicio que su obra está destinada á prestar, consiste tan solamente en haber recopilado y reunido en un cuerpo, valiéndose de un escelente método, las doctrinas esparcidas en el inmenso número de las obras de nuestros escritores de tres siglos, en haber desarrollado en toda su estension y haber hecho fácilmente aplicables las ideas que estos se limitaran á indicar sin desenvolverlas, y finalmente en armonizar nuestra veneranda jurisprudencia con las modificaciones introducidas en la presente centuria en la legislacion, y organizacion de los tribunales. De suerte que el libro de este ilustre sábio, y en cuyo análisis nos ocupamos, está en perfecta y absoluta consonancia con las obras de los inimitables y piadosos canonistas españoles que desde los tiempos del Concilio de Trento vinieron elevando la ciencia á la altura en que hoy la vemos, y aparece como la última y brillante espresion de esa gloriosa escuela regalista española que desde el Arzobispo de Granada Guerrero y del Presidente y Obispo Covarrubias contó entre sus hijos á los mas sábios y santos prelados, magistrados y hombres de derecho de nuestra patria en el trascurso de los tres últimos siglos. El Sr. Alonso es el último y digno eslabon de esa cadena científica, y su obra el último tomo de la riquísima y preciosa biblioteca de esta escuela.

Y séanos permitido hacer patente aquí la repugnante mala fé con que se pretendió manchar su fama, y la villana calumnia con que se quiso envolver su buen nombre. Achaque añejo es de ciertas gentes confundir su mala causa con otra santa y sagrada, y presentar como enemigos de esta al que amante de la pureza y recto espíritu de las instituciones, intenta purgarlas, de los abusos y corruptelas con que se ha logrado empañar su brillo, y persigue la inmoralidad y la licencia donde quiera que asoma su asqueroso ros-

tro. Esta es la esplicacion del calumnioso concepto de irreligiosidad que se ha pretendido unir al ilustre nombre de este eminente jurisconsulto, que en el seno de su familia y en el círculo de sus amigos era respetado por su ardiente fé, su sincera piedad y sentimientos religiosos. Ahora la obra de que nos ocupamos viene á purificar su memoria y á dar un solemne mentís á sus detractores. Toda ella rebosa la mas pura doctrina de la Iglesia, y es una esposicion de la disciplina mas santa y recta. En cada una de sus páginas abundan las protestas de la independencia y libertad de la Iglesia y de sus derechos esenciales. La facultad de imponer censuras, de condenar los libros contrarios al dogma ó disciplina interna de la Iglesia, de juzgar las causas sacramentales y, para decirlo de una vez, de conocer de los negocios que, segun los mas sábios canonistas, corresponden á la jurisdiccion *propia* de la Iglesia, aparece en ella de una manera clara y patente. Permítasenos esta ligera digresion para vindicar la inmaculada honra de este patricio ilustre é insigne sábio, víctima, y desgraciadamente no única, de los ódios de nuestros intransigentes partidos políticos.

Pero no se busquen en este libro deslumbradoras teorías ó hermosas elucubraciones especulativas, porque seria ocioso trabajo. No es ese su objeto; la obra mencionada no tiene su destino en la mesa de estudio del sábio, sino en el revuelto bufete del abogado y hombre de gobierno; es altamente práctica. Por esa razon no hallarémos en ella ni siquiera un capítulo destinado esclusivamente á investigar el orígen histórico y científico de los recursos de fuerza y proteccion, ni á hacer ver su bondad y justicia que hoy ningun hombre medianamente versado en la ciencia impugna; pero en cambio con ella sola tendremos bastante para dirigirnos en el desempeño de nuestro cargo si ejercemos funciones gubernativas ó judiciales ya civiles ya eclesiásticas, ó para defender los derechos que se nos hayan confiado, si estamos consagrados á la honrosa profesion del foro. Esta obra no es seguramente una obra de testo para las aulas, pero es una obra absolutamente indispensable para los hombres que salen de ellas. Una sucinta esposicion de su método y de las materias que comprende lo demostrará con toda claridad.

Se halla dividida en dos partes: la 1.ª dedicada á los recursos de fuerza y proteccion que tengan lugar en la Península é Islas adyacentes, y la 2.ª á los que se refieran á las posesiones de Ultramar; division acertada, porque son en muchos puntos distintas las reglas que la ley ó la práctica prescribe en los primeros de las que establece nuestra preciosa legislacion de Indias. La causa de esto es manifiesta: la jurisdiccion *atribuida* de la Iglesia parecia tener sobre algunos puntos mas estension en Ultramar que en Castilla v. gr.: en la jurisdiccion criminal contra clérigos, mientras que sobre otros no solamente estaba cercenada sino que era del todo desconocida; v. gr. en las causas de diezmos. Y por consiguiente siendo distintos en los dos hemisferios los límites del fuero eclesiástico, distintas debian igualmente

ser las reglas dictadas para contener los abusos y escesos de las autoridades de este fuero.

En la 1.ª como en la 2.ª parte se halla espuesta con toda claridad la doctrina relativa á los *recursos de fuerza en conocer y proceder, en el modo, en no otorgar*, á la manera de prepararlos é interponerlos al órden de su tramitacion y á los tribunales que de ellos deben juzgar. Todo esto en los dos primeros libros. En el tercero examina el autor los recursos llamados *de fuerza y proteccion*, como son el exámen y retencion de bulas y despachos de la Curia Romana, la regalía de llamar y compeler á los prelados eclesiásticos en ciertos casos á que procedan á la reforma de abusos, la de estrañar á los eclesiásticos y ocupar sus temporalidades, y la de la especial proteccion que la Corona concedió á los regulares, y examina cuáles son las autoridades á quienes compete el conocimiento de estos recursos y regalías y su forma; terminando la obra con un libro adicional que contiene los formularios de todos ellos. Por lo dicho se vé que es un trabajo completo y acabado sobre tan importantes materias, pero mas resaltará esto mismo al leer en sus páginas el concienzudo exámen del mayor número de los muchísimos casos en que dichos recursos serán procedentes, y al hallar trazada la marcha que deberá hoy seguirse atendida la alteracion profunda que nuestra organizacion política, administrativa y judicial ha sufrido en los últimos 30 años.

No nos ocuparémos de la parte 2.ª referente á Indias, por no hacer demasiado largo este artículo, una vez que el mayor número de nuestros lectores residen en la Península, y presentarémos á grandes rasgos tan solo el croquis, séanos permitida la espresion, de la 1.ª, para aquellos mas interesante.

Comienza el autor con un breve párrafo sobre los recursos de fuerza en general, dando á conocer su naturaleza y carácter, y deduciendo de aquella la division trimembre admitida en las escuelas y en el foro. Pasa luego á examinar los *recursos en conocer* y *proceder* consagrando á su exámen todo el primer título que se halla dividido en tres secciones. En la 1.ª se analizan los que tienen su causa en proceder los jueces eclesiásticos contra personas y en negocios ajenos al fuero, determinando los casos en que segun las leyes recopiladas hay lugar á su interposicion, y esponiendo en 9 capítulos la doctrina canónico-jurídica, sobre las sumisiones y juramentos hechos en las Escrituras públicas, sobre las últimas voluntades, patronatos de legos y vinculaciones, juicios posesorios, ejecucion de disposiciones piadosas, aranceles judiciales, parroquiales y de visita, delitos causativos de desafuero, cobranza de rentas públicas y asilo eclesiástico, esponiendo en cada uno de ellos la parte que en estos puntos es eclesiástica, y los límites del fuero, pasados los cuales los jueces de él abusarán y usurparán jurisdiccion. Estamos conformes con las ideas emitidas por el autor, porque además de ser las reconocidas por el mayor y mejor número de canonistas,

se hallan todas en la letra y espíritu de las leyes contenidas en el libro 1.° de la Nov. Recop. Tan solo no podemos prestar nuestro asentimiento á la opinion sostenida en el cap. 9 sobre la aplicacion que segun la presente legislacion penal debe tener el asilo eclesiástico. Cree el autor que para conciliar los efectos de la ley 6, tít. 4.°, lib. 1.° de la Nov. Recop. que regulariza la materia de asilos con las disposiciones del Código penal, deben distinguirse los casos en que el refugiado haya cometido una *falta ó delito leve*, ó bien un delito no exceptuado, ó uno *atroz* que se halle en el número de estos últimos. En el primer caso opina que el Juez debe imponer al delincuente el minimum de la pena señalada en el Código á las faltas, en el segundo, que debe tener presente la circunstancia del asilo, para disminuir en lo posible la pena marcada en aquel, y proceder en el tercero sin tener en cuenta la circunstancia de la inmunidad de que no gozará el reo. Para nosotros dicha ley recopilada no puede hoy producir efecto alguno en el castigo de los delitos, porque el Código penal no reconoce como circunstancia atenuante el refugio del reo á lugar inmune. Cierto es que despues de enumerar varias concluye determinando que se considere como tal *otra cualquiera de igual entidad y análoga á las anteriores*. Pero por esto mismo no nos decidimos á tener como incluida en esta cláusula general la del asilo; falta en ella la analogía con las espresamente señaladas por la ley, cualidad absolutamente precisa; todas reciben su fuerza y tienen su justificacion en que denotan menos perversidad en el delincuente que la ordinaria y comun, pero el refugio á lugar de asilo es un acto posterior á la ejecucion del delito que nada influyó ni nada demuestra sobre la intencion y criminalidad del reo antes de ejecutarlo. No es análoga á las designadas por el Código como este requiere; no es, pues, circunstancia atenuante. Para nosotros, por consiguiente, la legislacion sobre asilos no tiene bajo este aspecto fuerza alguna, por estar derogada por el Código penal, y por haber caido en completo desuso. Creemos que la autoridad temporal es la única y esclusiva competente para dictar disposiciones en este punto, y esplicamos los hechos que á esta proposicion parecen oponerse por la aquiescencia y tolerancia del poder civil; no se objete, por lo tanto, á nuestra opinion el que el Código penal no podia afectar la fuerza de la inmunidad local, porque rechazamos completamente esta asercion.

La Seccion 2.ª, que tiene por objeto los recursos en conocer y proceder en materias eclesiásticas, y por actos de los jueces de este fuero, se divide en 6 capítulos, consagrados al exámen minucioso y detenido de todo lo referente á las contiendas de competencia entre los jueces y tribunales eclesiásticos, á los procesos y proteccion de los regulares, patronato Real, condenacion de los escritos contrarios al dogma y á la disciplina, censuras y esponsales y depósitos de personas. Es muy importante el párrafo preliminar de esta seccion, porque en él se justifica la opinion de Ceballos, transcrita en la ley 17, tít. 2, lib. 2, Nov. Rec. y se destruyen todas las razones

dadas por Salgado para demostrar que no puede proceder el recurso *de fuerza* cuando dos jueces eclesiásticos entablan competencia entre sí para conocer de un negocio de su propio fuero, valiéndose al efecto de las censuras y demás medios que crean convenientes para poner espedita su jurisdiccion, aunque el órden público se altere con estas escandalosas cuestiones. Nada de inexacto observamos en esta seccion en que resalta un estudio profundo de nuestra disciplina, como en el capítulo del patronato Real, y la pura doctrina de la Iglesia, como en el de la condenacion de libros, en el cual se distingue con claridad la obra del autor, exigiendo para la condenacion de este como prévio é indispensable requisito la audiencia, en conformidad del vulgar axioma «*non error, sed erroris pertinatia hæreticum facit.*»

En la Seccion 3.ª se examinan los recursos procedentes en negocios en los cuales tan solo son en parte competentes los jueces eclesiásticos. Al efecto se halla dividida en dos capítulos, ocupándose el primero de la ejecucion de las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos, y el último de las causas de divorcio y bigamia y sus incidencias. En aquel el autor defiende la opinion, que por otra parte se halla transcrita en la ley 9, título 8.°, libro 1.° de la Nov. Rec., de que los jueces eclesiásticos no deben fulminar censuras, entretanto que puedan conseguir la ejecucion de sus sentencias solicitando el auxilio del brazo secular. Así opinan tambien Bobadilla, Van-Espen y otros escritores, por mas que tengamos el sentimiento de no contar en este número al Presidente Covarrubias. En el 2.°, deslindan perfectamente y con toda exactitud las atribuciones respectivas de los fueros ordinario y eclesiástico en las causas de divorcio y sus incidencias, y se prueba por la ley de Cárlos III y por el Código penal que el delito de bigamia corresponde al conocimiento de la jurisdiccion ordinaria.

El título 2.° sobre los *recursos de fuerza en el modo* se halla dividido en dos secciones que versan sobre la infraccion del procedimiento civil y criminal. En el párrafo preliminar, se espone con toda detencion la clase de infracciones que pueden dar causa al recurso, distinguiendo los trámites esenciales al juicio de los que interesan tan solo á la defensa, y subdividiendo estas en esenciales y simplemente útiles.

En el tít. 3.° se estudian los *recursos en no otorgar*, fijando los tres puntos que es necesario tener presentes para conocer los casos en que procede el recurso, á saber: naturaleza de la causa, providencia apelada, y tiempo y forma en que se interpone la apelacion; dedicando á cada uno de ellos una seccion, en que nada se deja que desear, relativo á esta materia. Creemos en todo admisible la doctrina en este título contenida, que por otra parte es la espuesta por todos los tratadistas.

El lib. 2.° dividido en tres títulos y cada uno de ellos en dos secciones se refiere á la preparacion é interposicion de los *recursos de fuerza*, á los tribunales que de ellos deben conocer y al órden con que deben sustanciarse y determinarse. Este es un trabajo perfecto fundado en la antigua juris-

prudencia del Consejo y de las Chancillerías y Audiencias, con las modificaciones introducidas en ella por el tít. 5.º de la Constitucion de 1812 vigente en muchos puntos hoy, y por la nueva ley de Enjuiciamiento civil. En nuestra opinion este libro es uno de los mejores de la obra, y en él se vé el profundo saber y la vastísima práctica de su autor.

El lib. 3.º está destinado al exámen de los *recursos de fuerza* y *proteccion*, consagrando un título á la retencion de las bulas, breves y despachos de la Curia romana. Se halla dividido en cinco secciones. En la primera se justifica la prévia presentacion de estos documentos, comentando la Real cédula de 1768; y en las cuatro siguientes se distingue con precision el recurso específico de retencion, de la regalía que tiene el mismo objeto. Aunque hoy sea casi del todo inútil el recurso contencioso, porque si alguna bula ó despacho se ejecutase sin el prévio pase, no seria este el procedente, sino un juicio criminal por la infraccion de la ley, el autor espone detenidamente todo lo á él relativo, porque, si bien raros, algunos pueden ser los casos en que tenga lugar; espone las disposiciones de la ley y la doctrina de los autores, especialmente de Salgado, sobre la suplicacion á Su Santidad de las bulas y breves retenidos, y finalmente investiga la autoridad á quien corresponde el conocimiento del recurso contencioso de reeleccion, probando la derogacion del reglamento provisional que lo adjudicaba al Tribunal Supremo por el título 5.º de la Constitucion de 1812, puesto en observancia con posterioridad á la de 1837, que concede estas atribuciones al Tribunal Supremo y á las Audiencias en sus respectivos casos. En cuanto al uso de la regalía del *pase*, no ofrece duda alguna desde la creacion del Consejo Real y hoy desde la promulgacion de la ley del Consejo de Estado que atribuye á este alto Cuerpo la facultad de emitir su dictámen sobre el objeto, cuando fuese consultado por la Corona.

En el título 2.º, dividido en 4 secciones, se esplanan las regalías que ya llevamos indicado en otra parte. Y sobre la 2.ª tenemos el sentimiento de no estar conformes con este jurisconsulto eminente. Siguiendo á Bobadilla sostiene que el gobierno temporal puede gubernativamente estrañar del reino á los eclesiásticos díscolos en casos de urjencia. No pretendemos negar la conveniencia de esta regalía en otros tiempos en que ni los derechos de los súbditos estaban garantidos de una manera terminante por una ley fundamental, ni por otra parte la estension del fuero eclesiástico, y el confuso procedimiento en los tribunales civiles, servian de suficiente resguardo contra los desmanes y escesos de algunos miembros del clero. Mas hoy la Constitucion política sanciona la seguridad personal, y prohibe imponer gubernativamente verdaderas penas como es la de *estrañamiento*, cuando previene que *ningun español sea juzgado ni sentenciado sino en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que estas prescriban*, es decir, por los tribunales competentes y por el procedimiento establecido. Y no se querrá negar á los eclesiásticos la cualidad y los derechos de ciudadanos.

Además de que hoy no ofrecen los destinados que puedan cometer el peligro, que en otros tiempos, ni puede temerse que queden impunes, no habiendo por lo tanto razon plausible que pueda servir de fundamento á la arbitrariedad del *estrañamiento*. En nuestro juicio, esta regalía ha desaparecido por anticonstitucional é innecesaria.

En la 2.ª parte de la obra, ya hemos dicho que el Sr. Alonso sigue un método rigorosamente igual al que hemos examinado en la primera, para esponer la diferente legislacion y jurisprudencia relativa á Ultramar. No analizarémos su trabajo por las razones que ya llevamos indicadas.

Finalmente el libro adicional es de un interés incontestable porque nos ofrece una coleccion completa de formularios en esta materia, en que tiene tanta autoridad lo tradicional y acostumbrado, y en que tanto campo hay fuera de las prescripciones de la ley, y entregado á las ritualidades y prácticas de la jurisprudencia.

Nuestros lectores conocerán ahora con cuanta razon decíamos al comenzar este artículo que la obra del Sr. Alonso venia á llenar un gran vacío en nuestra bibliografía jurídica, y con cuanta justicia la considerábamos necesaria para todo magistrado, para todo jurisconsulto, y para todo hombre de administracion. Concluirémos diciendo que el Sr. Alonso adquirió con su libro un derecho á la gratitud de todos los que tienen en alta estima los progresos de la ciencia.

Debemos advertir que la obra está enlazada con las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, lo que es debido al trabajo del Sr. D. Eduardo Alonso Colmenares, hijo del autor. De este modo la utilidad del libro es absoluta y completa.

**Pedro Gomez de la Serna.**

FIN DEL TOMO DIEZ Y SEIS.

# ÍNDICE CLASIFICADO

DE LOS

# ARTÍCULOS Y MATERIAS DEL TOMO DIEZ Y SEIS.

## SECCION DOCTRINAL.

PÁGINAS.

**Estudios históricos y filosófico-jurídicos.**—Ensayo histórico-filosófico-legal sobre el duelo; por D. CIRILO ALVAREZ. 5
Id. id. (*Continuacion*). 177
Id. id. (*Conclusion.*). 353

**Derecho público eclesiástico.**—Dictámen fiscal en que se deslindan los actos de los eclesiásticos que son justiciables por la jurisdiccion civil, de los que no pueden caer bajo de la potestad de esta; por D. MANUEL SEIJAS LOZANO. 198
Dictámen fiscal en el espediente formado á consecuencia de una Real órden para que el Tribunal Supremo de Justicia emitiera su dictámen sobre la impetracion y ejecucion de un rescripto de la sagrada penitenciaria referente á bienes nacionales sin el *Regium exequatur*, y sobre negarse la absolucion á compradores de los mismos bienes; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 205
La Iglesia y el Estado ó el Gobierno y el Papa.—Observaciones sobre el convenio celebrado con la Santa Sede; por don FRANCISCO DE POU. 433

**Derecho civil.**—Del feudalismo y de los Señoríos territoriales en Aragon (*art.* 8.°); por D. MANUEL LASALA. 14
De la insinuacion de las donaciones; por D. FRANCISCO DE POU. 27
De la sucesion forzosa; por D. FRANCISCO CASTAÑS. 32
De los intereses en el contrato de préstamo.—¿Hay en el dia términos hábiles para una demanda judicial sobre reduccion de intereses en el contrato de préstamo? Por D. JOSÉ ARIAS BRIME. 44
Id. id.; por D. TELESFORO GOMEZ-RODRIGUEZ. 238
¿Está vigente la ley que prohibe á los labradores ser fiadores sino entre sí mismos? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 74
De la reivindicacion de los efectos públicos al portador, segun el derecho constituido; por D. DOMINGO RIVERA. 81

PÁGINAS.

De la legitimacion (*art.* 1.°); por D. CAYETANO POBLACION Y FERNANDEZ. 130
Memoria sobre la sucesion testamentaria y la legítima ó abintestado en Cataluña; por D. FRANCISCO DE POU. 141
¿Tiene la mujer capacidad para ser nombrada curadora ejemplar de su hermana ó hermano? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 172
¿Tiene el padre facultad para hipotecar los bienes que el hijo herede de su madre? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 174
De la sucesion forzosa (*art.* 5.°); por D. FRANCISCO DE POU. 226
Demostracion legal sobre que no procede la reivindicacion de los efectos públicos al portador, segun el derecho constituido; por D. FRANCISCO DE POU. 372
De la dote; por D. MANUEL DANVILA Y COLLADO. 382
Del depósito de mujer soltera por causa de matrimonio; por D. BENITO GUTIERREZ. 395
De la adveracion de los testamentos en Aragon; por D. PASCUAL FRAXNO. 479

**Derecho penal.**—Debe considerarse siempre como circunstancia atenuante la confesion del reo, ó es preciso que concurran en ella ciertos y determinados requisitos? Por Don TELESDORO GOMEZ RODRIGUEZ. 168
¿Es bastante la autoridad que ejercen los Jueces de paz para que puedan cometerse contra ellos los delitos de atentado y desacato de que tratan los arts. 189 y 192 del Código penal? Caso afirmativo, ¿qué Tribunales conocerán de las causas de esta especie? Por D. PEDRO OCHANDO CHUMILLAS. 212
Orígenes del derecho de penar en los antiguos pueblos Germánicos; por D. JUAN M. MONTALVAN. 404
El que no devuelve una cantidad recibida á calidad de depósito sin otra formalidad, y lo confiesa en escritura pública, ¿puede ser procesado criminalmente por no devolverla? Consulta de D. JOAQUIN M. DE MONER, contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 484
¿Qué pena debe imponerse por la simple entrada de ganado lanar en sitio vedado ó heredad ajena, cuyo dueño no lo permita; lo mismo que referida la suposicion á ganado cabrío y heredad no arbolada? Por D. JOSÉ ARIAS BRIME. 487

**Derecho administrativo.**—¿El que por causa de utilidad pública ha sido expropiado de una finca, tiene derecho para recobrarla en el caso de que la obra proyectada causa de la espropiacion no se ejecute? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 256
¿Los Consejos provinciales pueden reformar su resolucion una vez dictada en asuntos de quintas? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 352
Sobre el ejercicio de la abogacía en España por letrados estranjeros.—Dictámen de la Fiscalía del Tribunal Supremo de Justicia; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 482

PÁGINAS.

**Derecho administrativo y canónico.**—De la privacion de sepultura eclesiástica.—Dictámenes del Fiscal de la Cámara del Real Patronato D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA, y del Consejo de Estado. 322

**Derecho mercantil.**—Del contrato á la gruesa.—¿Puede el Capitan constituirle alguna vez sobre las mercaderías que conduce á bordo del buque de su mando? Y si la prohibicion llegase á ser perjudicial al cargador, ¿qué conducta debe observar aquel mandatario procurando por los intereses del dueño del cargamento? Por D. RAMON DE SOLANO ALVEAR. 215

**Legislacion hipotecaria**—1.ª Estando dentro de los quince dias del otorgamiento de una escritura de adjudicacion de bienes de una herencia, ¿habrá lugar á la multa del 2 por 100 que parece ser lo que exige un Contador de Hipotecas? —2.ª Habiendo tres interesados en la adjudicacion, ¿podrá comprenderse la de todos tres bajo un solo testimonio, ó habrá lugar al reintegro de un pliego de papel de ilustres por cada uno, como exige el mismo Contador?—3.ª ¿Puede negarse el Contador de Hipotecas á poner en el testimonio, nota del dia en que se le presentó?—4.ª ¿Puede negarse á dar certificacion de esta negativa y de la de toma de razon? Consultas contestadas por D. MANUEL GUTIERREZ SOLANO. 175

**Derecho internacional privado.**—¿Será válido y producirá efectos legales en España, el matrimonio civil contraido por dos españoles residentes en Francia, observando las formalidades que allí se exigen para la legitimidad del matrimonio? (*Art.* 2.º) por D. ALEJANDRO GROIZARD. 46

Id., id. (*Art.* 3.º). 307

De los instrumentos otorgados ante los Cónsules.—¿Qué valor y fé deben tener en España los instrumentos otorgados por súbditos estranjeros ante los Cónsules españoles? Dictámen de la Fiscalía del Tribunal Supremo de Justicia. 55

De la ejecucion de las sentencias dictadas por tribunales estranjeros; por D. MANUEL SEIJAS LOZANO. 293

**Enjuiciamiento civil.**—Observaciones sobre el recurso de casacion en España; por D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO. 257

De la prueba testifical en materia civil.—Su orígen, vicisitudes y estado actual, segun lo dispuesto por el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento; por D. CAYETANO POBLACION Y FERNANDEZ. 448

¿Puede obligarse á un litigante ausente á que comparezca á á jurar posiciones en el Juzgado del juicio? Por D. TELESFORO GOMEZ RODRIGUEZ. 490

*Consultas.*—95.—¿En los juicios ejecutivos viene obligado el reo ejecutado á enumerar los hechos y fundamentos del derecho en el escrito en que alegue sus escepciones? Consulta de D. MANUEL BRUALLA, contestada por D. HERMENEGILDO MARIA RUIZ. 62

PÁGINAS.

**96.**—Los españoles menores de edad, residentes en territorio estranjero, ¿pueden nombrar curador con arreglo á los artículos 1237 y 1238 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para que los represente en los juicios voluntarios de testamentaría que se verifiquen en la Península, ó quedan sujetos á lo que disponen los arts. 416, 417 y 418 de la misma ley? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 67

**97.**—Muerto intestado un sugeto sin dejar descendientes, pero sí ascendientes, ¿podrá la viuda acudir á los Tribunales pidiendo la formacion del juicio voluntario de testamentaría con objeto de resolver las cuestiones que produce naturalmente la disolucion de la sociedad conyugal? En caso negativo, ¿qué clase de juicio deberá provocarse? Contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 68

**98.**—¿Es indispensable proponer la prueba dentro del plazo que para ello concede el art. 273 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ó podrá el litigante que durante él no haga la propuesta, hacerla en el resto del término? Consulta de D. JOSÉ REIG, contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 164

**99.**—Recibida la justificacion que exige el art. 1244 de la ley de Enjuiciamiento civil, y hecho el nombramiento de curador ejemplar, ¿puede el declarado incapacitado presentar contrajustificacion para probar su capacidad? En caso afirmativo, ¿qué tramitacion deberá darse á estas nuevas actuaciones? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 242

**100.**—Cuando una mujer casada exige de su marido alimentos provisionales, ¿tendrá necesidad de acompañar á su solitud certificado de haber sido incoada y admitida la demanda de divorcio, ó deberá decretarse por el juez sin que aparezca semejante recurso? Consulta de D. MANUEL BRUALLA, contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 245

**101.**—¿Procede el interdicto de obra nueva, cuando se ha causado perjuicio á un vecino agujereándole hasta el interior de sus habitaciones la pared de su casa, con ocasion de obras ejecutadas en otra su contigua, subiendo, bajando ó variando los pisos, ó haciendo otras obras interiores? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 250

**102.**—¿Desde cuándo empieza á contarse el término para la interposicion del retracto en las ventas judiciales? Consulta de Don CAYETANO POBLACION Y FERNANDEZ, contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 338

**103.**—De los compromisos de simple palabra.—1.ª ¿Es válido un compromiso celebrado de simple palabra antes de 1.º de enero de 1856, dia en que empezó á regir la nueva Ley de Enjuiciamiento civil?—2.ª En caso negativo, ¿quedaron ó no obligadas las partes comprometentes á poner sus pleitos en manos de avenidores, al tenor de lo acordado en la es-

PÁGINAS.

tipulacion arbitral, y en conformidad á la ley 1.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Nov. Rec.? Consultas de D. Francisco Sulla contestadas por los Directores de la Revista. 349

**104.**—Cuando el demandado residiere en pueblo distinto al del Juez de paz que le emplace, ¿deberá estenderse en papel sellado el oficio que se dirija al del punto en que aquel se halle para que la cita tenga efecto? Consulta de D. Pascual Fraxno, contestada por D. Hermenegildo María Ruiz. 424

**105.**—La disposicion legal que obligaba á los vecinos de Madrid á nombrar contadores letrados para todas las particiones, ¿está derogada por el art. 468 de la Ley de Enjuiciamiento civil? La derogacion general del art. 1415 de dicha ley ¿se considera bastante para anular una disposicion especial como la citada? Consulta evacuada por los Directores de la Revista. 427

**106.**—¿El reconocimiento ó confesion que se presume por la ley, traen aparejada ejecucion? Consulta de D. José Valverde, contestada por los Directores de la Revista. 492

**107.**—Otorgado en segunda instancia el recibimiento á prueba por una de las causas espresadas en el art. 869 de la ley de Enjuiciamiento civil, ¿podrá utilizarse el término concedido para hacer prueba sobre otros estremos no comprendidos en el mismo artículo? Consulta de D. José Valverde, contestada por los Directores de la Revista. 494

**108.**—¿Puede despacharse mandamiento de ejecucion contra una mujer en virtud de escritura en que contra la prohibicion del derecho se ha constituido fiadora? Consulta evacuada por los Directores de la Revista. 496

**109.**—Cuando el deudor paga despues de preparada la ejecucion por medio de la confesion judicial ¿quién debe satisfacer los gastos? Consulta evacuada por los Directores de la Revista. 497

**110.**—La ley de Enjuiciamiento civil en el art. 941, pone entre los títulos que traen aparejada ejecucion la escritura pública con los requisitos que espresa, ¿deberá limitarse la inteligencia de esta disposicion esclusivamente á las escrituras de préstamo mútuo, ó se ha de estender tambien á las escrituras de los demás contratos, como ventas y arrendamientos? Consulta evacuada por los Directores de la Revista. 497

**Enjuiciamiento civil y mercantil.**—Para la competencia en los juicios de conciliacion sobre negocios de comercio, ¿regirá el art. 7.º de la Ley de Enjuiciamiento mercantil ó habrá de estarse á lo dispuesto en el 204 de la civil? Por Don Francisco Forner. 335

**Procedimiento criminal.**—¿Ha lugar á la prision del que fingiéndose dueño de una cosa la enajena, arrienda, grava ó empeña, delito que tiene señalada en el Código una pena

PÁGINAS.

pecuniaria en todas su estension? Por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 70
De la asistencia de cinco Magistrados para la vista y fallo de ciertas causas; por D. BERNARDO LATORRE. 71

**Jurisprudencia criminal.**—¿En qué grado debe imponerse la pena al autor de un solo hecho que constituye dos ó mas delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, en el caso de adquirirse únicamente el convencimiento de la criminalidad del acusado segun las reglas ordinarias de la crítica racional? 414
Están obligados los funcionarios de las escalas inferiores que ejercen el ministerio fiscal, á denunciar al superior correspondiente los delitos justiciables en los Tribunales Superiores ó Supremos? Por D. TOMÁS MARTINEZ GONZALEZ. 418
Supuestos los daños causados por distraccion de aguas verificada en lugar distinto al en que los daños han resultado ¿qué Juez será el competente para conocer del delito, el del lugar de la distraccion ó el del lugar del daño? Consulta de D. MANUEL BRUALLA, contestada por D. HERMENEGILDO MARÍA RUIZ. 428

**Jurisprudencia administrativa**; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 421

**Organizacion judicial.**—El Juez de paz que se halla desempeñado las funciones de Juez de primera instancia por enfermedad ó ausencia del de partido, ¿puede continuar desempeñando simultáneamente el Juzgado de paz? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 73
Dictámen fiscal acerca de cuál sea el Tribunal competente para conocer de las demandas contra el Estado, sobre reintegro é indemnizacion de prestaciones suprimidas por la ley de Señoríos; por D. MANUEL SEIJAS LOZANO. 153
Dictámen fiscal emitido en un espediente sobre declaracion de categorías en la carrera judicial; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 159

## SECCION BIOGRAFICA Y BIBIOGRAFICA.

Speculum juris ó Speculum judiciale Durantis; por D. BENITO GUTIERREZ. 75
Tratado teórico-práctico de los recursos de fuerza y de proteccion, con arreglo á las legislaciones y práctica de los tribunales de España y sus Indias. Obra escrita por el Excmo. Sr. D. JOSÉ ALONSO, y acomodada á la legislacion vigente, por D. EDUARDO ALONSO Y COLMENARES. 499

FIN DEL ÍNDICE.

3 6105 06 027 136 3